

**DIE GÜLTIGKEIT VON KARTELEN NACH ART. 85
EWG-VERTRAG UND DER VERORDNUNG NR. 17
UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG
DES PROBLEMS DES INTERNATIONALEN
ANWENDUNGSBEREICHES DIESER BESTIMMUNGEN**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt a. M.

vorgelegt von
Johst Wilmanns
Referendar aus Hamburg

1963

**DIE GÜLTIGKEIT VON KARTELEN NACH ART. 85
EWG-VERTRAG UND DER VERORDNUNG NR. 17
UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG
DES PROBLEMS DES INTERNATIONALEN
ANWENDUNGSBEREICHES DIESER BESTIMMUNGEN**



Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt a. M.

vorgelegt von
Johst Wilmanns
Referendar aus Hamburg

1. Gutachter: Prof. Dr. Coing

2. Gutachter: Prof. Dr. Schlochauer

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Mai 1963

I N H A L T

Seite

Einleitung	1
Erster Teil: Das Kartellverbot als Bestandteil einer Integrationsverfassung	3
A. Charakter, Auslegung und Zielsetzung des EWGV	3
I. Der Charakter des EWGV	3
II. Die Auslegung des EWGV	4
III. Die Zielsetzung des EWGV	4
IV. Das Beispiel der nationalen Integration	5
B. Die Mittel zur Förderung der Vertragsziele ..	7
I. System von Verboten und Geboten an die Mitgliedstaaten	7
II. "Redlicher" Wettbewerb zwischen den Beteiligten	8
C. Zweck des Kartellverbots	11
I. Folgen der Beseitigung der zwischenstaatlichen Handelsbeschränkungen	12
II. Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen ...	13
III. Zulässigkeit der Bildung strukturverändernder Wirtschaftseinheiten	20
IV. Zulässigkeit nützlicher Kartelle	21
D. Die Verwirklichung des Kartellverbots	23
I. Die Durchsetzung des Verbots	23
1. Die Anwendung von Art.85 Abs.I	24
a) Anwendung durch die Kommission ..	24
b) Anwendung durch die Behörden der Mitgliedstaaten	25

	Seite
c) Festsetzung von Geldbussen und Zwangsgeldern	28
2. Die Anwendung von Art.85 Abs.III ...	28
a) Die Regel der Anmeldepflicht ...	31
b) Die Ausnahmen von der Anmelde- pflicht	32
II. Die zivilrechtliche Folge des Verbots	33
 Zweiter Teil: Der Rechtscharakter von Art.85	 36
A. Programmsatz oder sofort anwendbare Rechts- norm	 36
I. Anwendbare Rechtsnorm auch vor Errich- tung des Gemeinsamen Marktes	 37
II. Kein Programmsatz	39
B. Direkt wirkende Norm oder Ermächtigungs- norm	 40
I. Fragestellung	40
II. Meinungsstreit vor der Entscheidung des EGH vom 6.4.1962	 41
1. Verschiedene Kartellrechtssysteme in den Mitgliedstaaten	 41
a) Keine Kartellgesetze in Italien und Luxemburg	 41
b) Missbrauchsgesetze in den Nie- derlanden und in Belgien	 42
c) Verbotsgesetze in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutsch- land	 44
2. Die Auslegung von Art.85 vor der Entscheidung des EGH	 47
III. Die Entscheidung des EGH vom 6.4.1962 .	51
1. Ermächtigungsnorm bis zum 13.3.1962	51

	Seite
2. Direkt wirkende Norm seit dem 13.3.1962	54
C. Erlaubnisvorbehalt oder Legalausnahme	56
I. Fragestellung	56
II. Die Ausnahmesysteme nach den Kartellge- setzen der Bundesrepublik Deutschland und Frankreichs	58
III. Auslegungstreit bei der Abfassung der Verordnung Nr.17 zwischen den Organen der Gemeinschaft	59
1. Vorschlag der Kommission	59
2. Behandlung im Wirtschafts- und So- zialausschuss	60
3. Behandlung im Europäischen Parlament	60
4. Behandlung im Ministerrat	61
IV. Kompromiss zwischen Erlaubnisvorbehalts- und Legalausnahmeprinzip	63
1. Die Regelung in der Verordnung Nr.17	64
2. Die Rechte und Pflichten der Kommis- sion	66
a) Die allgemeinen Rechte und Pflich- ten	66
b) Die besonderen Rechte und Pflich- ten bei der Anwendung von Art.85 Abs.III	66
3. Das Ermessen der Kommission bei der Anwendung von Art.85 Abs.III	67
a) Beurteilungsermessen hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen von Art.85 Abs.III	68
b) Kein Handlungsermessen hinsicht- lich der Anwendung von Art.85 Abs.III	70
c) Handlungsermessen hinsichtlich der Bestimmung des Zeitpunkts, in dem die Freistellungserklärung wirksam werden soll	72

	Seite
V. Ergebnis	74
D. Modifizierung des Verbots für fristgemäss angemeldete Kartelle	76
I. Die Regelung in Art.7 VO Nr.17	76
II. Ergebnis	80
E. Nichtigkeit kraft Gesetzes oder kraft Fest- stellung	80
I. Fragestellung	80
II. Der Eintritt der Nichtigkeit nach deut- schem, französischem und belgischem Recht	81
1. Die Nichtigkeit nach deutschem Recht	81
2. Die Nichtigkeit nach französischem und belgischem Recht	81
3. Gemeinsame Merkmale	82
III. Schwebezustand bei bestimmten Kartellen der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art ..	84
IV. Die Rechtslage seit dem Urteil des EGH vom 6.4.1962	85
1. Nichtigkeit kraft ex-tunc Feststel- lung	86
a) Altkartelle	86
b) Neukartelle	88
c) Ergebnis	89
2. Nichtigkeit kraft Gesetzes	89
a) Altkartelle	89
b) Neukartelle	90
3. Gesamtergebnis	91
a) Absolute und schwebende Nichtig- keit kraft Gesetzes	91
b) Nichtigkeit kraft ex-tunc Fest- stellung	92

	Seite
(1) Die einzelnen Fallgruppen ...	92
(2) Die Zuständigkeit zur Feststellung der Nichtigkeit	92
(3) Die Bindungswirkung der Entscheidungen der Kommission ..	95
(a) Bei Verfahren zur Erteilung eines Negativattests	97
(b) Bei Feststellungsverfahren ..	99
(c) Bei Freistellungsverfahren ..	99
Dritter Teil: Der internationale Anwendungsbereich von Art.85	102
1. Abschnitt: Der internationale Anwendungsbereich des Verbots	103
A. Grundsatz der Territorialität	103
I. Der Grundsatz	103
II. Der Geltungsbereich	105
B. Die Anknüpfung bei der Anwendung des Verbots	106
I. Die Anknüpfung bei der Anwendung von Kartellgesetzen in anderen Rechtsordnungen	109
1. Der internationale Anwendungsbereich des GWB	110
2. Der internationale Anwendungsbereich der französischen Preisverordnung No. 45-1483	115
3. Der internationale Anwendungsbereich des niederländischen Gesetzes zur Regelung des wirtschaftlichen Wettbewerbs	116
4. Der internationale Anwendungsbereich von Art.65 EGKSV	117
5. Der internationale Anwendungsbereich des Sherman Act	122
6. Ergebnis	129

	Seite
II. Die Anknüpfung bei der Anwendung von Art.85 Abs.I	130
1. Das Schrifttum	130
2. Wirtschaftliche oder spezifisch rechtliche Auswirkungen	131
3. Ein betrieblicher Mittelpunkt als Anknüpfung	132
a) Die Beteiligten der Gemeinschaft	133
b) Folgerung für die Anknüpfung ...	136
4. Ergebnis	137
a) Völkerrechtlich haltbare Lösung	138
b) Gleiche Anknüpfung für verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit	143
III. Die einzelnen Fallgruppen	149
1. Internationale Kartellsachverhalte, bei denen eine Regelung hinsichtlich des Gemeinsamen Marktes einbezogen ist	149
2. Internationale Kartellsachverhalte, bei denen eine Regelung hinsichtlich des Gemeinsamen Marktes nicht einbezogen ist	150
a) Exportkartelle	150
(1) Reine Exportkartelle	150
(2) Exportkartelle mit Beteiligten aus Drittstaaten	153
(3) Exportförderungskartelle ...	154
(4) Exportsicherungskartelle ...	155
b) Importkartelle	156
(1) Reine Importkartelle	156
(2) Importkartelle mit Bindung zum Gemeinsamen Markt	157
2. Abschnitt: Der internationale Anwendungsbereich von Art. 85 Abs.II	159

A.	Die Anwendung der internationalprivatrechtlichen Grundsätze der Mitgliedstaaten	159
	I. Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung	160
	II. Allgemeine Grundsätze	161
	III. Die Anwendung im Gemeinschaftsrecht	161
B.	Art.85 Abs.II als selbständige gemeinschaftsrechtlich internationalprivatrechtliche Norm	163
	I. Sonderanknüpfung	165
	II. Zweck der Nichtigkeit	167

Literaturverzeichnis

- | | |
|-----------------------|--|
| Ballerstedt | Übernationale und nationale Marktordnung, Tübingen 1955 |
| Baruch | Zum Anwendungsbereich des GWB, WuW 1961, S. 530 ff. |
| Batiffol | Traité élémentaire de droit international privé, 3. Aufl., Paris 1959 |
| Baumbach/Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht (Kommentar), 8. Aufl., München, Berlin 1960 |
| Bayer | Das Privatrecht der Montanunion, RabelsZ 1952, S. 325 ff. |
| Bebr | The European Coal and Steel Community (A political and legal innovation), The Yale Law Journal 1953/54, S. 1 ff. |
| ders. | Judicial Control of the European Communities, London 1962 |
| v. Beringe | Die Anwendbarkeit der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages, DB 1959, S. 342 ff. |
| Borchardt/Fikentscher | Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957 |
| Bos/Baardmann | De kartellbepalingen in het EWG-Verdrag (2 Abhandlungen), Zwolle 1960 |
| Brewster | Antitrust and American Business Abroad, New York, Toronto, London 1958 |
| Bülck | Der Strukturwandel der internationalen Verwaltung, Tübingen 1962 |
| Callmann | Das deutsche Kartellrecht, Kommentar, Berlin 1934 |
| Carell | Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl., Heidelberg 1954 |

- Catalano La comunità economica Europea
e l'Euratom, Milano 1957
- Coing Zur Auslegung von Art. 85 EWGV,
ZHR Bd. 125, S. 271 ff.
- Coing/Kronstein/
Schlochauer Das Verhältnis des deutschen
Kartellrechts zu den Kartellrechts-
vorschriften des Vertrages über
die Gründung der Europäischen
Wirtschaftsgemeinschaft (Gutach-
ten), Frankfurt/M. 1958
- Lahn Zur Problematik des Völkerstraf-
rechts, Göttingen 1956
- ders. Völkerrecht, Stuttgart, Bd. I
1958, Bd. III 1961
- Paig Verbotene und genehmigungsfähige
Kartelle nach Art. 65 EGKSV, Dis-
sertation Tübingen 1957
- ders. Die Gerichtsbarkeit in der Euro-
päischen Wirtschaftsgemeinschaft
und der Europäischen Atomgemein-
schaft, Archiv für öffentliches
Recht Bd. 83, S. 132 ff.
- Deringer Zum Wettbewerb der Montanunion,
BB 1955, S. 113 ff.
- ders. 2 Jahre europäische Kartellpoli-
tik, Europäische Wirtschaft 1960,
S. 43 ff., 66 ff.
- ders. Bericht im Rahmen des Binnenmarkt-
ausschusses zu der Konsultation des
Europäischen Parlaments durch den
Rat der Europäischen Gemeinschaf-
ten zu den Art. 85 und 86 des EWG-
Vertrages v. 7.9.1961
- ders. Die erste europäische Kartellver-
ordnung - ihr endgültiges Gesicht,
Europäische Wirtschaft 1962, S. 3 ff.
- ders. Die erste Durchführungsverordnung
zu den Artikeln 85 und 86 des EWGV,
WuW 1962, S. 81 ff.

- Deringer Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 1962, S. 789 ff., 865 ff.; 1963, S. 65 ff.
- Dörinkel Internationales Kartellrecht, Berlin 1932
- Enneccerus/Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 15. Aufl., Tübingen 1960
- Erlar, Georg Grundprobleme des Internationalen Wirtschaftsrechts, Göttingen 1956
- Eucken Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern, Tübingen 1952
- ders. Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., Heidelberg 1959
- Fikentscher Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München, Berlin 1958
- ders. Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB, WuW 1961, S. 788 ff.
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl. 1961
- Franceschelli Limitations de la concurrence non soumises à l'interdiction de l'art. 85, alinéa I, du Traité de la CEE et procédure d'exemption, Kartelle und Monopole Bd. I, S. 285 ff.
- Frumento Le regole de concorrenza fra imprese industriali nella comunità economica Europea, Rivista Internazionale di Scienze economiche e commerciali 1958, S. 1 ff.
- Fugate Foreign Commerce and the Antitrust Laws, Boston, Toronto 1958
- v. Gamm Das Kartellrecht im EWG Bereich, Kartellrundschaue Heft 3, 1961

- van Gelderen Le problème de l'applicabilité directe des règles de concurrence dans la Communauté économique européenne, Nederlands Tijdschrift voor International Recht, 1959, S. 366 ff.
- Gleiss/Hirsch Das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, AWD BB 1962, S. 125.
- dies. EWG-Kartellrecht und Zuständigkeit nationaler Behörden, BB 1962, S. 623 ff.
- dies. EWG-Kartellrecht, Stuttgart, 1962
- v.d.Groeben/v.Boeckh Kommentar zum EWG-Vertrag, Baden-Baden, Bonn, Frankfurt/M., Bd. I 1958, Bd. II 1960
- v.d.Groeben Ziele und Aufgaben der wirtschaftlichen Einigung Europas, Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 1958, S. 47 ff.
- ders. Das Kartellrecht der EWG im Lichte zweieinhalbjähriger Erfahrung, Kartelle und Monopole Bd. I, S. 49 ff.
- ders. Wettbewerb im Gemeinsamen Markt, Europa Archiv 1961, S. 643 ff.
- ders. Wettbewerbspolitik in der EWG, WuW 1961, S. 373 ff.
- ders. Die ersten vier Jahre der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 3B 1962, S. 569 ff.
- Guglielmetti Introduction à l'étude des limitations à la concurrence dans le Marché Commun Européen, Rivista di diritto industriale 1958, S. 73 ff.
- Günther Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 1957, S. 275 ff.
- ders. Die Problematik einer völkerrechtlichen Regelung internationaler Wettbewerbsbeschränkungen, Kartelle und Monopole Bd. II, S. 551 ff.

- Günther Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, WuW 1960, S. 747 ff.
- ders. Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen im europäischen Raum, WuW 1961, S. 755 ff.
- van Haecke Les Groupes de Sociétés, Paris 1959
- Hallstein Wirtschaftliche Integration als Faktor politischer Einigung, Festschrift Müller-Armack, 1961, S. 267 ff.
- ders. Die Einheit Europas - Herausforderung und Hoffnung, Clayton Lectures April 1962, 2738/PP/62-D (hekt.)
- Heiz Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht, Zürich 1959
- Hern Die Rahmen- und Grundsatzbestimmungen des EWG-Vertrages, BB 1958, S. 277 ff.
- Hofheinz Die Kartellbindung bei internationalen Kartellen, Heidelberg 1939
- Honig The European Common Market and Restrictive Trade Practice, The Law Journal 1958, S. 564 ff.
- Hoppmann Der volkswirtschaftliche Inhalt der Ausnahmeregelung für Exportkartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Jahrbuch für Sozialwissenschaft 1960, S. 298 ff.
- Houssiaux Concurrence et Marché Commun, Paris 1960
- ders. Quelques expériences récentes de quasiintégration, Revue économique 1959, S. 83 ff.
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. Tübingen, Bd. I 1953, Bd. II 1954.

- Hug Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen des Montanvertrages und des Vertrages über die EWG auf in Nichtmitgliedstaaten veranlasste Beschränkungen des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, Kartelle und Monopole Bd.II, S.603 ff.
- Isay Montanunion und Exportkartelle, WuW 1953, S. 577 ff.
- Jahn/Junkerstorff Internationales Handbuch der Kartellpolitik, Berlin 1958
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931
- Jennings Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws, British Yearbook of International Law 1957, S. 146 ff.
- Jerusalem Das Recht der Montanunion, Berlin, Frankfurt/M. 1954
- Kaufmann/Kautmann u.a. Kommentar zum GWB (Frankfurter Kommentar), Köln 1958
- Kern, Peter Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion, Berlin, Frankfurt/M. 1955
- Kiesewetter Das Wirtschaftsrecht des Schumanplans unter besonderer Berücksichtigung des Preisrechts, Hamburg 1954
- Kirschstein/Segelmann Rationalisierungskartelle und Syndikate, Düsseldorf 1960
- Kleemann Die Wettbewerbsregeln der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit Ausnahme der Bestimmungen über staatliche Beihilfen, Baden-Baden 1962
- Knöpfle Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, S. 161 ff.
- Koch Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB, BB 1959, S. 241 ff.

- | | |
|-------------------------------|--|
| Krawielicki | Das Monopolverbot im Schuman-Plan,
Tübingen 1952 |
| Kronstein/Miller/
Schwartz | Modern American Antitrust Law,
New York 1958 |
| Kronstein | Neue amerikanische Lehren zum in-
ternationalen Privatrecht im Lich-
te des amerikanisch-europäischen
Kartellkonflikts, Festschrift für
Martin Wolff, 1952, S. 225 ff. |
| ders. | Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln
im Gesamtrahmen des Montanvertrages
und des Vertrages über die EWG,
Kartelle und Monopole Bd.I, S.111 ff. |
| ders. | Conflicts resulting from the extra-
territorial effects of the antitrust
legislation of different countries,
XXth century comparative and con-
flicts law (Festschrift für Hessel
E. Yntema), Leyden 1961 |
| Lagrange | Die Rechtsnatur der EGKS und der
EWG, ZHR 1961, S. 88 ff. |
| ders. | Contrôle Judiciaire des Décisions
prises par les autorités compétentes
en matière des cartels, Kartelle
und Monopole Bd.II, S. 889 ff. |
| Lange, Heinrich | Die behördliche Genehmigung und ihre
zivilrechtlichen Auswirkungen, AcP
Bd. 152, S. 241 |
| Langen | Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl.
Neuwied/Rhein 1938 |
| ders. | Marktbeherrschung und ihr Missbrauch
nach Art.86 des EWG-Vertrages,
Baden-Baden, Bonn 1959 |
| Lassier | Les trois premières années d'une
politique des ententes, Recueil
Dalloz 1960, S. 61 ff. |
| Lehmann | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches, 12. Aufl., Berlin 1960 |

- Loening Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessenstatbestand bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen, DVBl. 1952, S. 197 ff., 235 ff.
- Marchal, André Les ententes et les concentrations dans le Marché Commun, RMC 1959, S. 358 ff.
- del Marmol Rapport Introductif concernant les règles de concurrence applicables aux entreprises à l'intérieur du Marché Commun, Ligue Européenne de Coopération Economique v. 15.11.1957 (hekt.)
- ders. Marché Commun et ententes internationales, Fabrimétal 1957, S. 492 ff.
- ders. La protection contre les abus depuis l'absence économique en droit belge, Lüttich 1960
- Mathijsen Le Droit de la CECA, La Haye 1958
- Matthies Die deutsche internationale Zuständigkeit, Frankfurt 1955
- Menges Auswirkungen des ersten Urteils des Europäischen Gerichtshofs zur Anwendung von Art.85 des EWGV, DB 1962, S. 661 ff.
- Mok Die heutige Rechtslage der Kartelle in den Niederlanden, WuW 1959, S. 725 ff.
- Müller-Henneberg/
Schwartz u.a. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gemeinschaftskommentar), Köln, Berlin 1958
- Müller-Henneberg Zur Auslegung des § 6 GWB, WuW 1961, S. 309 ff.
- Myrdal Internationale Wirtschaft, Berlin 1958
- Neumayer Die Notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im internationalen Privatrecht, BdGfVR Heft 2 1957, S. 35 ff.

- Neumeyer Internationales Verwaltungsrecht, Zürich, Leipzig, Bd.II 1922, Bd. IV 1936
- Nissen Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften, WuW 1960, S. 250 ff.
- Obernolte Die erste Durchführungsverordnung zu den Art.85 und 86 EWGV, WRP 1962, S. 103 ff.
- ders. Die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt, Europäische Wirtschaft 1960, S. 93 ff.
- Ophüls Grundzüge europäischen Wirtschaftsverfassung, ZHR 1961, S. 136 ff.
- de Page Traité Elémentaire de Droit Civil Belge, Bd.II, 2. Aufl., Bruxelles 1948
- Perroux Les formes de la concurrence dans le Marché Commun, Revue d'économie politique, Sondernummer Januar 1958
- Peters, Herbert Die Wettbewerbsbestimmungen für den Gemeinsamen Markt, Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 1958, S.126 ff., 146 ff.
- Pinder Grundsatzfragen des neuen Bundesrechtes für Exportkartelle, WuW 1958, S. 572 ff.
- Plaisant/Lassier Les ententes industrielles sous forme des sociétés et associations, Paris 1953
- dies. Les dispositions relatives aux ententes dans le traité instituant la CEE, Recueil Dalloz 1958, chronique S. 271 ff.
- dies. Ententes et Marché Commun, Paris 1959
- dies. Die neuere kartellrechtliche Entwicklung in Frankreich, WuW 1960, S. 427 ff.

- Planici-Ripert Traité Élémentaire de Droit Civil,
Bd.I, 5. Aufl., Paris 1950
- Prieur Les relations internes et externes
de la CEECA, Paris 1958
- Raape Internationales Privatrecht, 5.Aufl.
Berlin, Frankfurt/M. 1961
- Rashid The Juridicial and economic Prob-
lems posed by Export and Import
Associations, Kartelle und Monopole
Bd.II, S. 727 ff.
- Reuter La Communauté Européenne du Char-
bon et de l'Acier, Paris 1953
- Sars. Aspects juridiques de Marché Com-
mun, RMC 1958, S.6 ff., 161 ff.,
310 ff.
- Sars. Ententes et Cartels dans le Marché
Commun, RMC 1959, S. 46 ff.
- Schulze Internationales Zivilprozessrecht
und prozessuales Fremdenrecht,
Berlin, Tübingen 1949
- Seper Traité Élémentaire de Droit Com-
mercial, 4. Aufl., Paris 1959
- Reblon Les relations privées des entrepri-
ses assujetties à la Communauté
européenne du charbon et de l'acier,
Droit Social 1954, S. 561 ff.
- Redière Limitations de la concurrence in-
terdites aux termes de l'art.85
al.I du Traité de la CEE et inciden-
ces sur le droit civil, Kartelle
und Monopole Br.I, S. 261 ff.
- Rosen The Brussels Entente, Export Combi-
nation in the world steel market,
University of Pennsylvania Law
Review 1958, S. 1104 ff.
- Rouquet-La Garrigue Les règles de concurrence dans le
Marché Commun, RMC 1959, S. 375 ff.
- Samuelson Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl.,
Köln 1958

- Scharf Die Wahrung der Wettbewerbsfreiheit, WuW 1962, S. 128 ff.
- Schlieder Die Anwendung der Art.85 und 86 des EWGV nach dem Erlass der ersten Durchführungsverordnung, BB 1962, S. 305 ff.
- Schlochauer Rechtsformen der europäischen Ordnung, ArchVR 1955/56, S. 40 ff.
- ders. Die Ausnahmetarife im Recht der europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Frankfurt/M. 1960
- Schmidt, Reimer Zu den rechtlichen Grundfragen des Gemeinsamen Marktes, Karlsruhe 1962
- Schumacher Enthalten die Art.85 und 86 des EWG-Vertrages bereits in den Mitgliedsstaaten geltende Rechtsnormen, WuW 1958, S. 779
- ders. La politique de la CEE en matière d'ententes, RMC 1959, S. 207 ff.
- ders. Réflexions sur l'interdiction des ententes visées par l'art.85, Droit Social 1961, S. 65 ff.
- Schwartz, Ivo Anwendbarkeit nationalen Kartellrechts auf internationale Wettbewerbsbeschränkungen, Kartelle und Monopole Bd. II, S. 673 ff.
- ders. Deutsches Internationales Kartellrecht, Köln, Berlin 1962
- Seidl-Hohenveldern Kartellbekämpfung im Gemeinsamen Markt und das Völkerrecht, AWD BB 1960, S. 225 ff.
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Bd.I, 9. Aufl., Stuttgart 1959
- Sölter Die Ausnahmenvorschrift des Art.85 Abs.III EWGV, WuW 1961, S. 665 ff.
- ders. Die EWG-Wettbewerbsregeln und der Integrationsvorgang, Wirtschaftsdienst 1961, S. 266 ff.

- Spaak-Bericht Bericht des Regierungsausschusses, eingesetzt von der Konferenz von Messina, an die Aussenminister vom 21.4.1956, Brüssel 1956
- Spengler Abgrenzungsfragen aus der Übergangszone zwischen Kartell- und Montanunionsrecht, WuW 1954, S. 753 ff.
- ders. Die Wettbewerbsregeln in der EWG, 1957 (Drucksache des BDI)
- ders. Abgrenzung zwischen dem GWB und den Vorschriften für Unternehmen im EWG-Vertrag, WuW 1958, S. 461 ff.
- ders. Die Vertragsbestimmungen über die Wettbewerbsregeln im Gemeinsamen Markt, DB 1959, S. 75 ff.
- ders. Wettbewerb und Wettbewerbsverfälschungen in der EWG, DB 1961, S. 1509 ff.
- ders. Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Vertrag, WuW 1961, S. 513 ff.
- Staudinger/Brändl/
Coing Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil Bd.I, 11. Aufl. 1957
- Stein/Nicholson American Enterprise in the European Common Market, Bd.II, Ann Arbor 1960
- Steindorff Sachnormen im internationalen Privatrecht, Frankfurt/M. 1958
- ders. Zweckmässigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt/M. 1959
- ders. Europäischer Markt und Euratom, ArchVR 1956/57, S. 174 ff.
- ders. Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen in der Anfangszeit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, BB 1958, S. 89 ff.
- ders. Die Vertragsziele der EGKS als Rechtsvorschriften und Richtlinien, BGGfR Heft 2 1958, S. 94 ff.

- Steindorff Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht, Kartelle und Monopole, Bd.I, S. 157 ff.
- ders. Die Europäischen Gemeinschaften in der Rechtsprechung, ArchVR 1960, S. 50 ff.
- Strickrodt Geltungskraft und Geltungsumfang der Wettbewerbsregeln im Vertrag über den Gemeinsamen Markt, DB 1957, Beilage 9 zu Heft 26
- Strupp-Schlochauer Wörterbuch des Völkerrechts, 2.Aufl., Berlin, 1. Bd.1960, 2.Bd. 1961, 3. Bd. 1962
- Vedel Droit Administratif, Bd.I, Paris 1958
- Verdross Völkerrecht, 4. Aufl., Wien 1959
- ders. Règles Générales du Droit International de la Paix, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Bd.30 1929, S.275 ff.
- Vergé-Ripert Répertoire de Droit Civil (Dalloz) Bd. III, Paris 1953
- Verloren van Themaat De kartelpolitiek in de Europese Economische Gemeenschap, Sociaal-Economische Wetgeving 1957, S. 224 ff., 257 ff.
- ders. Wettbewerbsprobleme im Gemeinsamen Markt, "Aussprache" 1959, S. 439 ff.
- ders. Les cinq principes de la politique de concurrence et leur réalisation, Opera mundi Europe Juni 1961, S.4-6
- ders. Les cartels internationaux devant les législations nationales d'un point de vue juridique, Sociaal-Economische Wetgeving 1955, S. 1 ff.
- Waline Droit Administratif, 7. Aufl., Paris 1957

- Weebers Kartelcontrolle op de Europese Gemeenschappelijke Markt, De Naamloze Vennootschap September 1957, S. 84
- Wengler Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 1941, S.168 ff.
- ders. Die Gesetze über unlauteren Wettbewerb und das internationale Privatrecht, RabelsZ 1954, S. 401 ff.
- Weyer Die erste Durchführungsverordnung zu den Art.85 und 86 EWGV, DB 1962, S. 293 ff. und 325 ff.
- Wohlfarth/Everling/
Maesner/Sprung Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Kommentar zum Vertrag), Berlin und Frankfurt 1960
- Wolff, Hans-J. Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., München, Berlin 1961
- Wolff, Reinhold Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle, Berlin 1929
- Würdinger Räumlicher Geltungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1956, S. 775 ff.
- ders. Exportkartell und EWG, WuW 1960, S. 313 ff.
- ders. Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung, WuW 1961, S.745 ff.
- Zschokke Die Rechtsstellung internationaler Kartelle, Zürich, Leipzig 1936
- Zweigert, Konrad Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, RabelsZ 1942, S. 283 ff.

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
AWD BB	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BB	Der Betriebsberater
BdGfVR	Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKA	Bundeskartellamt
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	Der Betrieb
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JO	Journal Officiel de la République Française
JZ	Juristenzeitung
Kartelle und Monopole	Kartelle und Monopole im modernen Recht, Beiträge zum übernationalen und nationalen europäischen und amerikanischen Recht, erstattet für die Internationale Kartellrechts-Konferenz in Frankfurt am Main, Juni 1960. Herausgegeben vom Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main in Verbindung mit dem Institute for International and Foreign Trade Law of the Georgetown University Law Center, Washington D.C., Bd.I und II, Karlsruhe 1961
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rechtsprechung	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften

RMC	Revue du Marché Commun
US	Entscheidungen des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis mit Kartellrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

Einleitung

In der Ersten Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages vom Februar 1962 ist ein Verfahren geregelt, das die Kommission zur Durchsetzung des Art. 85 befähigt, insbesondere zur Festsetzung von Geldbussen und Zwangsgeldern ermächtigt. Die Frage der Zulässigkeit von Kartellen nach Art. 85 EWG-Vertrag hat dadurch erhöhte Bedeutung erlangt.

Bei der Vielzahl der durch das EWG-Kartellverbot aufgeworfenen Fragen muß diese Arbeit sich auf eine Untersuchung der Gültigkeit von Kartellen im eigentlichen Sinne beschränken. Unter "Kartellrecht" wird zwar häufig das gesamte Recht der Wettbewerbsbeschränkungen verstanden. Als Kartelle ist diesem Zusammenhang sollen aber nur solche Maßnahmen angesehen werden, die zwischen zwei oder mehreren wirtschaftlich selbständig bleibenden Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe zu dem Zweck getroffen werden, den zwischen ihnen möglichen Wettbewerb durch Beseitigung der selbständigen Willensbildung bei ihrem Marktverhalten zu beschränken.¹⁾ Vertikale Bindungen, etwa Preisbindungen der zweiten Hand, Ausschließlichkeitsbindungen, vertikale Vertriebsbeschränkungen, Absatzbedingungen und dergleichen werden aus der Betrachtung ausgeschlossen. Ebenso können Lizenzverträge hier keine Berücksichtigung finden. Schließlich bleiben auch alle wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen mehreren Unternehmen eine besondere rechtsgeschäftliche Bindung, wie die offenkundige Verfallensweise, Preisführerschaft, Preisverhandlungen, Gentlemen's agreement, Joint-Venture-Verträge und dergleichen in dieser Arbeit unberührt.²⁾

¹⁾ Müller-Hoheberg in: *Handbuch des Kartellrechts*, 1. Aufl., § 1; *Kartellrecht*, 1. Aufl., 1958, S. 66; so auch schon früher Callmann, *Das deutsche Kartellrecht*, 1934, S. 1 ff.; *WZ* Bd. 74, S. 264 ff.

²⁾ Vgl. auch schon die oben erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen durch Zulassung in der ersten Kartellrechtsverordnung durch Maßnahme, aaO, S. 54 ff.

Eine Untersuchung der Gültigkeit von Kartellen nach den Vorschriften des EWG-Vertrages setzt eine Sinn- und Zweckbestimmung des Kartellverbots im Gesamtrahmen des Vertrags voraus. Denn der Rechtscharakter der Vorschrift sowie ihr sachlicher und internationaler Anwendungsbereich werden nur in diesem Rahmen und aus ihrer Zwecksetzung heraus verstanden werden können.¹⁾ Die Protokolle der Vertragsverhandlungen sind der Öffentlichkeit nicht zugänglich, so daß sich der Wille der Vertragspartner nur aus dem verkürzten, aktivierten Wortlaut des Vertrages entnehmen läßt.²⁾

Nur einer allgemeinen Orientierung des Kartellverbots wird sein Rechtscharakter zu bestimmen sein, worauf schließlich eine Untersuchung über den internationalen Anwendungsbereich folgen wird.

1) Meißner, ff., Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959, S. 12 f.

2) Das einzige Dokument zu den Vertragsverhandlungen ist der Bericht der Delegationsleiter an die Außenminister vom 21.4.1956, der sog. Spaak-Bericht.

Erster Teil. Das Kartellverbot als Bestandteil einer Integrationsverfassung

A. Charakter, Auslegung und Zielsetzung des EWGV

I. Der Charakter des EWGV

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gehört zu einer Reihe völkerrechtlicher Vereinbarungen der sechs europäischen Staaten Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und der Niederlande,¹⁾ die im Rahmen der wirtschaftlichen und politischen Einigungsbestrebungen dieser sechs Länder entstanden sind.

Durch diese völkerrechtlichen Verträge haben die Mitgliedstaaten unabhängige gemeinschaftliche Organe geschaffen, die mit eigener Entscheidungsgewalt ausgestattet sind. Die Entscheidungen dieser Organe werden grundsätzlich mit der Mehrheit der nach einer Nationalitätsschlüssel abgezogenen Stimmen gefällt. Gewisse von den Organen erlassene Rechtsätze gelten unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten, ohne daß es eines Transformationsaktes durch innerstaatliche Rechtssetzungsorgane bedarf. Kennzeichnend für diese Verträge sind gewisse Verbots- und Gebotennormen mit unmittelbarer Wirkung für die Vertragsstaaten und deren Gewaltunterworfenen, deren Einhaltung zur Förderung der Vertragsziele unerlässlich ist. Die Gesamtheit der Vorschriften dieser Verträge bildet die Grundlage für ein selbständiges Gemeinschaftsrecht.²⁾

1) Weitere Verträge sind der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft.

2) Die Lehre bezeichnet diese Art von Verträgen als internationalen Status und das dadurch geschaffene Recht Staatengemeinschaftsrecht, Verdross, Völkerrecht, 4. Aufl. 1959, S.3 f.; ders. in Recueil des Cours Bd.30 (1929), S.311; Erler, Grundzüge des internationalen Wirtschaftsrechts, 1958, S.140 f.; Dahm, Völkerrecht Bd.III, 1961, S. 173 ff.

II. Die Auslegung des EWGV

Die Verträge der europäischen Gemeinschaften unterliegen besonderen Auslegungsregeln, die der Europäische Gerichtshof¹⁾ entwickelt hat. Danach ist das Gemeinschaftsrecht ein in sich geschlossenes Rechtssystem, das für seinen Bereich keine Anwendung nationalen Rechts duldet.²⁾ Die allgemein anerkannten Rechtsprinzipien der nationalen Rechtsordnungen können lediglich zur Auslegung von Gemeinschaftsrecht verwendet werden.³⁾ Die für die Gemeinschaft richtungweisenden Leitbilder sind deren Ziele.⁴⁾ Diese haben selbst entscheidende rechtliche Bedeutung. Die Einzelbestimmungen der Verträge erhalten durch die Ziele Grundlage und Inhalt.⁵⁾ Die Auslegung der einzelnen Vertragsbestimmungen muß deshalb diesen Zielen Rechnung tragen; sie muß immer dazu führen, daß die Erfüllung der Aufgaben und Ziele gesichert ist.⁶⁾

III. Die Zielsetzung des EWGV

Die Ziele des EWGV sind in Art. 2⁷⁾ verankert. Danach ist Aufgabe der Gemeinschaft, durch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft

1) im folgenden EGH zitiert.

2) Urteil des EGH v. 4.2.1959 in Rspr. Bd.V, S. 64.

3) Urteil des EGH v. 9.1.1956 in Rspr. Bd.II, S.112 und v. 21.6.1958 in Rspr. Bd.IV, S. 257; Reuter, La CECA, 1953, 34; Mathiesen, Droit de la CECA, 1953, 111 ff.

4) Opalis in HR 1961, 114 ff.; Baur, Judicial Control of the European Communities, 1962, S.94 f.

5) Urteil des EGH v. 23.4.1956 in Rspr. Bd.II, S.100; v. 10.5.1960 in Bd.VI, S.540, 542 ff.; v. 23.2.1961 in Bd.VII, S.43; v. 13.7.1961 in Bd.VII, S.307; v. 14.7.1961 in Bd.VII, S. 467.

6) So auch, Le Droschmeville, 1960, 114 ff.; Stein, der Teil der Lage des Marktesur seinen ein Verrückung einräumen, in Berichte d. DGfVR Heft 2, 1958, S.94 ff.

7) Die ohne so der Bezeichnung zitierten Artikel sind solche des EWGV.

eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern. Diese im wesentlichen wirtschaftlichen Ziele werden in der Präambel ergänzt durch politische Zielsetzung; die Vertragspartner erklären darin ihren festen Willen, die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker zu schaffen.

Der Vertrag setzt also im wesentlichen materielle Ziele, die sich nur durch einen langsamen Integrationsprozess der bestehenden bisher geschlossenen Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten erreichen lassen.¹⁾ Die Integration ist ein zwischen den beteiligten Vertragsstaaten sich vollziehender Anpassungsprozess mit dem Ziel der Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes mit binnenmarkähnlichem Charakter, der auf einer engen Verflechtung der beteiligten Volkswirtschaften beruht.²⁾

Dieser Anpassungsprozess soll durch den EWGV ermöglicht werden. Der Vertrag wird damit zur Grundlage der wirtschaftlichen Integration der sechs beteiligten Mitgliedstaaten, also zu einer Art Integrationsverfassung, die mit den in Art. 3 genannten Mitteln die Basis für einen europäischen Binnenmarkt schaffen soll.

IV. Das Beispiel der nationalen Integration

Beispiele wirtschaftlich bereits integrierter Räume sind die nationalstaatlichen Volkswirtschaften, die sich durch eine allmähliche Verflechtung der regionalen Wirtschafts-

1) Von der Groeben in Kartelle und Monopole, Bd.I. S.53 f.; Steindorff in ArchVR 1956/57 S.174 ff.

2) Marchal in RMC 1959, S.354; Lysell, Internationale Wirtschaft, 1958, S.11; Houssiaux, Concurrence et MC, 1960, S.5 f.

einheiten gebildet haben.¹⁾ Die nationalstaatliche Integration ist das Ergebnis einer doppelten Bemühung, einerseits des Staats gegenüber den ihm unterworfenen Einzelnen, andererseits der beteiligten Wirtschaftseinheiten selbst.

Der Staat bedient sich zur Integration seines Hoheitsbereichs der verschiedensten Mittel, etwa der Finanzpolitik und einer einheitlichen Sozial- und Wirtschaftspolitik; er bildet eine Rechtseinheit aus, in deren Rahmen sich das wirtschaftliche Leben vollziehen soll; er betreibt eine gemeinsame Konjunktur-, Währungs- und Handelspolitik, die zur Voraussetzung einer Verflechtung der Wirtschaftseinheiten wird.

Während aber der Staat lediglich die Voraussetzungen für eine Integration innerhalb seines Herrschaftsbereichs setzt, geht die wirtschaftliche Integration selbst von den privaten Einzelnen aus. Die Unternehmen treten in engere Wirtschaftsbeziehungen zueinander. Sie bilden Interessenverbände über die lokalen und regionalen Wirtschaftsgebiete hinaus. Mehrere Unternehmen schliessen sich zu Interessengemeinschaften, Arbeitsgemeinschaften und dgl. zusammen. Spezialisierungs- und Rationalisierungsverträge werden geschlossen. Es kommt zur Bildung über die regionalen Grenzen hinausgehender organisierter Wirtschaftseinheiten. Durch diese auf privater Ebene vorgenommenen Verbindungen entsteht unter den beteiligten Wirtschaftseinheiten eine zunehmende Verflechtung und Zusammenarbeit und damit ein gemeinsames Solidaritätsgefühl.²⁾ Die innerhalb der Staaten bestehenden Regional- und Lokalwirtschaften haben sich dadurch allmählich an den größeren Ausmaßen der Nation ausgerichtet und sich den neuen Verhältnissen angepaßt.

1) Marchal in RMC 1959, S.364 f.; Myrdal, aaO, S. 26 ff.

2) Myrdal, aaO, S.64.

B. Die Mittel zur Förderung der Vertragsziele

Wenn sich auch die Integration der Volkswirtschaften der sechs Mitgliedstaaten mangels einer gemeinsamen Sprache und einer gemeinsamen Institution wie dem Staat nicht in der Weise wie die nationale Integration vollziehen kann, so soll doch durch den EWGV ein ähnlicher Integrationsprozess ermöglicht werden.

I. System von Verboten und Geboten an die Mitgliedstaaten

Mit einem System von Verboten und Geboten, die an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, sollen die zwischenstaatlichen Handelsbeschränkungen nach einem Zeitplan von 12, höchstens 15 Jahren beseitigt werden.¹⁾ Die Zölle²⁾ und mengenmäßigen Beschränkungen³⁾ bei der Ein- und Ausfuhr von Waren, die Beschränkungen für den freien Personen-,⁴⁾ Dienstleistungs-⁵⁾ und Kapitalverkehr⁶⁾ zwischen den Mitgliedstaaten sollen abgebaut und gleichzeitig soll ein gemeinsamer Zollltarif gegenüber dritten Ländern eingeführt werden.⁷⁾ Die Währungs- und Konjunkturpolitik⁸⁾ soll koordiniert werden. Eine gemeinsame Landwirtschafts-⁹⁾ und Verkehrspolitik¹⁰⁾ soll eingeführt werden und ist bereits im Entstehen. Überhaupt sollen alle innerstaatlichen Rechtsvorschriften allmählich angeglichen werden, soweit dies für das ordnungsmäßige Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist.¹¹⁾

1) Art. 8.

2) Art. 12 ff.

3) Art. 30 ff.

4) Art. 48 ff.

5) Art. 59 ff.

6) Art. 67 ff.

7) Art. 18 ff.

8) Art. 108 ff.

9) Art. 38 ff.

10) Art. 74 ff.

11) Art. 100 ff.

II. "Redlicher" Wettbewerb zwischen den Beteiligten

Die Vertragsstaaten, an die sich das System von Geboten und Verboten richtet, können jedoch nur die Voraussetzungen für die im Vertrag zum Ziel gesetzte Integration der sechs beteiligten Volkswirtschaften schaffen. Die Anpassung an die neuen Verhältnisse auf einem vergrößerten Markt muß von den privaten Einzelnen ausgehen. Die bisher zu geschlossenen Volkswirtschaften gehörenden einzelnen Wirtschaftseinheiten, insbesondere die Unternehmen, sind somit die wichtigsten Beteiligten¹⁾ an dem Integrationsprozess. Nur durch sie kann ein Gemeinsamer Markt verwirklicht werden. Die Vertragsstaaten können zwar auch als Marktpartner auftreten und damit an dem Integrationsprozess auf privater Ebene mitwirkend sein; sie beteiligen sich aber dann eben als Wirtschaftende auf gleicher Ebene mit den Privaten.

Der Anpassungsprozess der einzelnen wirtschaftlichen Einheiten soll nicht von den Gemeinschaftsorganen oder von den Vertragsstaaten durch Wirtschaftslenkung ausgehen oder sogar durch Eingriffe in die Rechte der Einzelnen in den sechs Mitgliedstaaten erzwungen werden, sondern durch einen "redlichen Wettbewerb" zwischen den Beteiligten auf dem Gemeinsamen Markt erfolgen. So heißt es ausdrücklich in der Präambel, "daß zur Beseitigung der bestehenden Handelshindernisse ein einverständliches Vorgehen erforderlich sei, ... um einen redlichen Wettbewerb zu gewährleisten". Da der Wettbewerb ein wirtschaftliches Phänomen ist, wird dessen Bestimmung von dem auszugehen haben, was die volkswirtschaftliche Lehre darunter versteht²⁾, denn nur eine solche Begriffsbestimmung, die sich an die wirtschaftswissenschaftliche Lehre anlehnt, wird Aussicht haben, von allen Mitgliedstaaten akzeptiert zu werden.

1) So Klösewetter für die Unternehmen in der EGKS. Das Wirtschaftsrecht des Schuman-Plans, 1954, S.28.

2) Im Schrifttum zum deutschen GWB ist umstritten, ob dieses Gesetz den Wettbewerb als Institution oder die Freiheit des einzelnen sichern soll; s. dazu zusammenfassend Koenigs in NJW 1961, S. 1041 ff.

Wirtschaftlicher Wettbewerb vollzieht sich an dem ökonomischen Ort - dem sogenannten Markt -, wo sich durch Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage der Leistungsaustausch vollzieht. Je nachdem, ob sich auf dem Markt eine große oder nur geringe Anzahl von Anbietern oder Nachfragern befindet, unterscheidet die Lehre zwischen vollkommenem und unvollkommenem Wettbewerb.¹ Von vollkommenem Wettbewerb spricht man, wenn sich auf dem Markt eine unbestimmte Vielzahl von Anbietern einer unbestimmten Vielzahl von Nachfragern gegenübersteht.² Wegen der Vielzahl müssen die Mitbewerber die Preise und die übrigen Marktdaten als gegeben hinnehmen, wie sie sie am Markt vorfinden. Sie passen sich in ihren Wirtschaftsplänen, insbesondere in ihrem Mengenausstoß, diesen Daten an, sind also bloße Befehlshemer des anonymen Marktmechanismus. In Bezug auf das Marktgeschehen befinden sie sich im Zustand gegenseitiger Machtlosigkeit.³⁾

Unter unvollkommenem Wettbewerb versteht die Lehre einen Marktzustand, bei dem ein homogenes Gut oder eine homogene Leistung nur von wenigen gleich starken Unternehmen am Markt angeboten (nachgefragt) wird.⁴⁾ Diesem Markt ist eigen, daß jeder Mitbewerber durch sein Verhalten am Markt das Verhalten der anderen Mitbewerber zu beeinflussen in der Lage ist; die Mitbewerber sind nicht nur bloße Befehlsempfänger des Marktgeschehens.⁵⁾ Die Anbieter (Nachfrager) bestimmen vielmehr selbst ihre Preise und die übrigen Geschäftsbedingungen, wenn die dabei eintretenden Reaktionen bei den Mitbewerbern voraussetzen, weil das Verhalten jener die unmittelbare Reaktion auf ihr eigenes Verhalten darstellt.

1) Samuelson, Vorlesungen über ökonomische Theorie, 2. Aufl. 1978, S. 117 ff., 471; Carell, Allgemeines Volkswirtschaftslehre, 1. Aufl. 1954, S. 117 ff., 137 ff.

2) Carell, aaO, S. 117 f.; Bucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl. 1959, S. 96.

3) Carell, aaO, Bucken, aaO; Samuelson, aaO.

4) Carell, aaO, S. 114 ff., 137 ff.

5) Samuelson, aaO, S. 41 f., 471.

Beiden Marktformen ist gemeinsam, daß sich die Mitbewerber bei ihrem Verhalten gegenüber ihren Marktpartnern gegenseitig beeinflussen.¹⁾ Das zeigt sich deutlich bei unvollkommenem Wettbewerb; denn hier beeinflußt ein Mitbewerber durch sein Verhalten unmittelbar das Verhalten des anderen Mitbewerbers. Nicht so deutlich ist es bei vollkommenem Wettbewerb; hier zeigt sich der Einfluß der Mitbewerber untereinander lediglich als ein allgemeiner Wettbewerbsdruck,²⁾ er kann sich insbesondere durch eine Ausweitung des Mengenangebotes der einzelnen Anbieter, durch die ein Sinken der Preise hervorgerufen wird, bemerkbar machen.

Der Vertrag basiert also auf der Vorstellung, daß die gegenseitige Beeinflussung mehrerer Mitbewerber untereinander in ihrem Verhalten gegenüber ihren Marktpartnern über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus die beste Garantie für die Integration der sechs Volkswirtschaften und die Anpassung der beteiligten Unternehmen an die neuen Verhältnisse im Gemeinsamen Markt sein würde. Durch die Steuerung der Wirtschaftsabläufe über den Markt würde sich am besten das Gesetz der Arbeitsteilung innerhalb der Gemeinschaft verwirklichen; der Handel könne sich ausweiten, und die bisher an den nationalen Märkten orientierten Unternehmen würden zur Leistungssteigerung und zur rationellen Einrichtung und Gruppierung angereizt, wie es die neuen wirtschaftlichen Gegebenheiten eines vergrößerten Binnenmarktes erfordern.³⁾

¹⁾ v. Bar, in: Festschrift, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktherrschaft, 1957, S. 40; v. Bar, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, aaO., S. 39; ders., 1961, S. 93; Bamberger, Wettbewerb, 1961, S. 19.
²⁾ v. Bar, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, aaO., S. 40; ders., in: Kartelle und Monopole I, S. 52; ders., 1961, S. 375 und das dort zitierte Schrifttum;
³⁾ v. Bar, in: Europa Archiv 1961, S. 694 f.; Kronstein in: Kartelle und Monopole I, S. 112 f.; Stauder in: Kartelle und Monopole I, S. 159; Günther, in: WeW 1957, S. 275; Koch in: SB 1959, S. 242; Houssiaux, aaO., S. 6 ff.; Plaisant/Lasser, Ententes et Marché Commun, 1959, S. 10 f.; Hallstein in: Festschrift für Müller-Armack 1961, S. 275.

C. Zweck des Kartellverbots

Der Vertrag läßt die in den Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen der Mitgliedstaaten gewährten Rechte der Einzelnen, insbesondere das Prinzip der Vertragsfreiheit, unberührt.¹⁾ Hinsichtlich der Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten ist dieser Grundsatz im Vertrag²⁾ ausdrücklich verankert.³⁾

Die freie Ausübung der in den Einzelstaaten gewährten privaten Rechte könnte jedoch eine Gefahr für die in Art. 2 aufgeführten Ziele der Gemeinschaft werden. Denn es wäre denkbar, daß die Einzelnen durch ihr wirtschaftliches Verhalten der Zielsetzung des Vertrages entgegenwirken.⁴⁾ Einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung ist nämlich die Tendenz zur Ausschaltung des Wettbewerbs ständig immanent.⁵⁾ Das haben die Vertragspartner erkannt. Schon im Spaak-Bericht heißt es deshalb, daß normale Wettbewerbsbedingungen durch Wettbewerbsregeln gesichert werden müßten, um den Auswirkungen von Kartell- und Monopolbildungen zu begegnen.⁶⁾

1) von der Groeben in Kartelle und Monopole I, S.50; Gerin-ger, Bericht 1961, S.4; Hallstein, Die Einheit Europas, 1962, S.31 (heft.); Günther in WuW 1961, S.756.

2) Art. 222.

3) Es sind lediglich Stützungsanordnungen geschaffen worden, die den Einzelnen die Anpassung an die neuen Verhältnisse im Gemeinsamen Markt erleichtern sollen. Im zwar der Europäische Sozialfond für die Umschulung und Wiedereingliederung von Arbeitskräften, die durch politische Investitionen zu Arbeitslosigkeit und Entlassung von Unternehmen durch den Vertrag wirtschaftlicher Gebiete innerhalb der Gemeinschaft und schließlich der Europäischen Agrarunion zur Anpassung der Landwirtschaft an die Verhältnisse im Gemeinsamen Markt.

4) von der Groeben in Europa Archiv 1961, S.644.

5) Eucken, Grundriss der Wirtschaftslehre, 95. S. 11; Samuelson, Volkswirtschaftslehre 1952, S. 58; v. Borch, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 1953, S. 187; Günther in WuW 1962, S.737 f.

6) S. 18.

I. Folgen der Beseitigung der zwischenstaatlichen Handelsbeschränkungen

Mit zunehmender Beseitigung der Handelsschranken vergrößern sich das Angebots- und Nachfragevolumen auf den Märkten der Mitgliedstaaten¹⁾. Die Folge ist:

- Die Anbieter haben tatsächlich oder potentiell auf ihrem Heimatmarkt mit einer zunehmenden Beeinflussung durch andere Anbieter zu rechnen, und
- die Nachfrager haben die Möglichkeit, zwischen mehr Angeboten zu wählen.²⁾

Ebenso verhält es sich mit den Nachfragern, die mit einer zunehmenden Beeinflussung durch andere Nachfrager aus anderen Mitgliedstaaten zu rechnen haben. Die Anbieter haben dadurch eine vergrößerte Wahlmöglichkeit.

Der Markteinfluß der bestehenden Unternehmen wird sich also verringern. Insbesondere werden auf der Angebotsseite die Unternehmen betroffen werden, für welche die Nachfrageelastizität auch bei Beseitigung der Handelsschranken gering bleibt.³⁾

Die durch diese Entwicklung betroffenen Unternehmen werden die Tendenz haben, sich gegen den erhöhten Wettbewerb aus den anderen Mitgliedstaaten zu schützen.⁴⁾ Es kommt dann leicht zwischen diesen Unternehmen zu Wettbewerbsbeschränkungen (Verboten - etwa Gebietsaufteilungsverträgen, Preisverboten, vertraglichen Produktionsbeschränkungen und dgl. -), durch welche die Beseitigung der Handelsschranken wieder aufgehoben wird: so können an die Stelle beseitigter staatlicher Einfuhrquotenmäßige private Importkontingente treten, die wie früher mengenmäßig mit dem gleichen Ergebnis beschränken, oder mehrere Unternehmen, deren Inlandsabsatz durch

¹⁾ nach H. J. de la GEC, S. 142 bezeichnet der Gemeinsame Markt der EWG als "un maximum des effets de la concurrence".
²⁾ H. J. de la GEC, S. 14 ff., S. 15 ff.; das wirtschaftliche Wettbewerbsphänomen ist, darauf weist u.a. H. J. de la GEC in AuW 196, S. 79 ff.; Baumbach, Liefermehl, 1. Aufl., S. 1; Oppmann in Jahrbuch für Sozialwissenschaften 1960, S. 298 ff.; Knöpfle in WuW 1962, S. 171.

³⁾ Houssiaux, aaO, S. 4, 23 ff.

⁴⁾ siehe bitte Seite 13.

eine befristete Steuerbefreiung gegenüber ausländischen Konkurrenzprodukten begünstigt war, können nach Aufhebung der Steuerbefreiung nur noch solche Abnehmer beliefern, die keine ausländischen Konkurrenzprodukte führen.

Das im Vertrag verankerte Ziel einer Arbeitsteilung zwischen den Mitgliedstaaten und einer harmonischen Wirtschaftsausweitung auf dem Gemeinsamen Markt wird dadurch verhindert. Die Strukturverhältnisse, die vor der Beseitigung der Handelsschranken in jedem der sechs Mitgliedstaaten bestanden haben, bleiben dadurch künstlich aufrecht erhalten. Die wirtschaftliche Integration der zur Gemeinschaft gehörenden Unternehmen und Marktpartner, d.h. deren Anpassung an die neuen Gegebenheiten des Gemeinsamen Marktes wird verhindert. Es bildet sich kein "Gemeinsamer" Markt, sondern es bleibt im wesentlichen bei den bestehenden Strukturverhältnissen.¹⁾

Die nach Aufhebung der staatlichen Beschränkungen geschaffenen neuen Möglichkeiten zur Erschließung neuer Märkte werden dadurch nicht ausgenutzt. Derartige Abreden verhindern die über den Markt sich vollziehende Anpassung an die Erfordernisse in der Gemeinschaft²⁾ und bringen so den Einzelnen um die Früchte eines erhöhten Angebots und einer erhöhten Nachfrage.

II. Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen

Deshalb schreibt Art. 3 des Vertrags ein System vor, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor

von Seite 12

4) ders., a.a.O. S. 35; indes diese auch bereits schon auf der Zusammenhang von Beschränkung von Handelsverhältnissen und Kartellen hin, in Kartelle und Monopole I, S. 118 ff.; ebenso Andragne des Präsidiums der Internationalen Kartellrechtskonferenz in Bonn 1960, und in Kartelle und Monopole II, S. 1006.

1) von der Gröben in WZ 1959 I, S. 338; Thüsing in WZ 1960 Gröben/Bosch, Verben. 1960, S. 33; vgl. Kragas in Schlotheim, Autarkien, 17 Heft 1964, S. 66.

2) Schumacher in RMC 1959, S. 208.

Verfälschungen schützt.¹⁾ Anbieter und Nachfrager sollen die Möglichkeit haben, die im Gemeinsamen Markt gebotenen wirtschaftlichen Chancen auszunutzen und an der in dem vergrößerten Raum des Gemeinsamen Marktes sich vollziehenden Neuverteilung der Güter teilzunehmen. Mehrere auf demselben über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausgehenden Markt operierende Mitbewerber, die sich in ihrem Verhalten gegenüber den Marktpartnern, sei es im Preis, in der Menge oder in der Qualität, sei es in den Konditionen, in den Rabatten oder im Service hinsichtlich bestimmter Waren oder Leistungen gegenseitig beeinflussen, sollen sich nicht hinsichtlich ihres Marktverhaltens binden. Die Marktpartner sollen unter den verschiedenen Mitbewerbern wählen oder doch von dem einen Mitbewerber auf den anderen ausweichen können. Diese Wahlmöglichkeit ist mit Gefahren für denjenigen verbunden, der sich bereits den Markt erschlossen hat, und mit Chancen für denjenigen, der erst auf den Markt gelangen möchte²⁾. Da sich im Gemeinsamen Markt die Möglichkeit der Ausweitung des Marktes für die einzelnen Unternehmen verbessert, verwehren sich auch die Wahlmöglichkeiten der Marktpartner. Dadurch werden die Gefahren und Chancen der Unternehmen erhöht.

Die Gefahren und Chancen, die mit dem Wettbewerb verbunden sind, hält der Vertrag für schutzenswert. Denn nur dadurch, daß die Unternehmen die mit dem Gemeinsamen Markt verbundenen Gefahren einsehen und abwandern, werden die Wettbewerbsbedingungen und kann sich eine Anpassung der Unternehmen an die Gegebenheiten des Gemeinsamen Marktes vollziehen. Die Gefahren und Chancen sollen somit nicht ausgeschlossen werden.

1) Vorst. in Kartelle und Monopole I, S.123 und Günther in Hoff 1961, S.157. Entnehmen dieser Vorst. Schrift, daß der Wettbewerb das Fundament der durch den Vertrag zu schaffenden Wirtschaftsordnung sei; das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Wettbewerb lediglich ein Mittel ist, mit dem die in Art.2 genannten Ziele erreicht werden sollen.

2) Gleemann, Die Wettbewerbsregeln, S.39. So auch für den Wettbewerbsbegriff des GWB: Borchardt-Pikentscher, aaO, S.5; Knöpfle in WuW 1962, S.172 ff.

Art. 85 erklärt darum alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen mit dem Gemeinsamen Markt für unvereinbar und verboten, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Danach ist jede rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Bindung mehrerer selbstständiger Unternehmen¹⁾ hinsichtlich ihres Marktverhaltens verboten, wobei es auf die

- 1) Als Unternehmen im Sinne des Vertrages wird teils jeder Rechtsträger angesehen, der sich wirtschaftlich betätigt, also alle natürlichen und juristischen Personen (Everling in Wohlfarth/Everling, Anm. 1 zu Art. 85 und in BB 1958, S. 861; Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, Rn. 6 zu Art. 85 I), teils schon jede organisatorische Einheit von sächlichen und persönlichen Mitteln, die dazu bestimmt ist, einen wirtschaftlichen Zweck zu verfolgen (Kronstein in Kartells und Langholz I, S. 116; Thüsing in von der Groeben/Boeckh, Anm. 15 zu Art. 85; ebenso das Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht für 1961, 47. Drucksache, 4. Wahlperiode S. 118; von auch referenziert in Baurbach/Hofenreth, Anm. 1 zu Art. 85, indem dieser auf das Unternehmensgesetz 19 im deutschen Recht verweist.) Ferner (Jahrbuch 1961 der Europäischen Gemeinschaft, S. 55 ff.) unterschiedet letzteres zwischen einem wirtschaftlichen und einem juristischen Unternehmen. Der Zielnutzen des Vertrages entspreche dem, dass dem Kartellverstoß der wirtschaftliche Unternehmenszweck zumutet. Außerdem hat den Vollzug des Verbots und prozessfähig vor den Gerichten sein, jedoch die Unternehmen im juristischen Sinne, die sich aus den natürlichen und juristischen Personen nach dem jeweiligen Recht der Mitgliedstaaten konstituierten (S. 66 f.). Diese Unternehmen können aber auch juristische Anstalten sein, die sich als wirtschaftliche betätigen, z. B. Firmen, die den Wettbewerb zwischen sich ausschließen und den Wettbewerb ausschließen. Wettbewerb besteht jedoch nur zwischen wirtschaftlichen Betrieben, die sich gegenseitig wirtschaftlich verhalten. Es sind verschiedene Arten von Wettbewerbsverhalten zu unterscheiden. Das Verhalten ist wirtschaftlich oder juristisch, das unter einer gemeinsamen wirtschaftlichen Leitung steht, befinden sich nicht in Wettbewerb miteinander, mögen sie auch rechtlich getrennt voneinander sein. Selbst wo im Einzelfall mehrere zu einer wirtschaftlichen Einheit gehörende Betriebe nach aussen als "Wettbewerber" in Erscheinung treten, ist dieser "Wettbewerb" kein am Markt orientiertes Verhalten, sondern mag sich aus innerbetrieb-
- Fortsetzung siehe bitte Seite 16.

Das gilt ebenso für solche Bindungen, welche eine Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken, ohne daß es bereits zu einer tatsächlichen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes gekommen sein muß.

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind jedoch nur solche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Beschlüsse, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.¹⁾ Denn Zweck des Kartellverbots ist es, den Wettbewerb als das Steuerungsmittel in der Gemeinschaft aufrechtzuerhalten, um dadurch eine natürliche Anpassung der bisher zu den einzelstaatlichen Volkswirtschaften gehörenden Unternehmen auf die neuen Verhältnisse im Gemeinsamen Markt zu ermöglichen. Der zwischenstaatliche Wirtschaftsverkehr soll sich frei von öffentlichrechtlichen und privaten Beschränkungen entfalten können. Durch die Gewährleistung dieser Freiheit verspricht sich der Vertrag die größtmögliche Ausweitung des zwischenstaatlichen Handels und dadurch eine langfristige Anpassung der Unternehmen an die Verhältnisse eines vergrößerten Wirtschaftsraumes mit konkurrenzmarktmäßigen Verhältnissen. Es wäre zwar denkbar, daß kurzfristig durch Wettbewerbsabsprachen eine Beschränkung des Handelsvolumens im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr erreicht wird; so lang etwa ein Sozialisierungsabkommen zwischen fünf Unternehmen in fünf verschiedenen Mitgliedstaaten, die von Beibehaltung der zwischenstaatlichen Handelsbeziehungen jeweils eine vollständige Übernahme eines Landes anstreben, sich nicht stark schützen, bei zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr derartige Absprachen eine Auswirkung an sich haben dürfte. Im Gemeinsamen Markt würde das anders gesehen werden. Der Kartellverbot der von

von Seite 16

¹⁾ In Frage 2 des Urteils des Kartell der Wettbew. ist eine Klage mit dem Inhalt, sieben wettbewerbsbeschränkende Absprachen zwischen fünf Unternehmen, die in Belgien, Frankreich und den Niederlanden tätig sind, seien als Kartell zu betrachten. Die Klage ist abgelehnt worden. (J. B. 1979 f. Kleemann, aaO, S. 30.)

²⁾ Der Kartellverbot, welcher das Verhalten der Wettbewerber regelt, ist nicht durch eine Abgrenzung des Kartells, dazu Coing, ZHR Bd. 125, S. 289 f.

Vereinbarung beteiligten Unternehmen bliebe ausgerichtet auf die Verhältnisse, die vor Beseitigung der Beschränkungen des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs bestanden haben; die zum Ziel gesetzte langfristige Integration der Unternehmen im Gemeinsamen Markt würde dadurch verhindert.¹⁾

Dem Sinn und Zweck von Art. 85 entsprechend, sind also nur diejenigen Vereinbarungen und Beschlüsse verboten, durch welche das kartellmässig zusammengefaßte Angebot bzw. die kartellmässig zusammengefaßte Nachfrage einen Markt berührt, der über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausgeht.²⁾

- 1) Wird durch ein solches Spezialisierungskartell ein nützlicher Effekt der in Art.85 Abs.III bezeichneten Art erzielt, so kann die Kommission eine Freistellung von dem grundsätzlichen Verbot erteilen; jedoch soll darüber, ob die in diesem Absatz genannten Voraussetzungen vorliegen, die Kommission in ausschließlicher Zuständigkeit entscheiden (Art.9 Abs.I VO Nr.17); denn diese allein wird beurteilen können, ob ein Kartell zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts für die Gemeinschaft und deren Ziele beiträgt.
- 2) Die Frage, ob die blosse Berührung des Handels zwischen Mitgliedstaaten genügt, ist im Schrifttum allerdings umstritten. Von einer blossen Wortinterpretation des Textes ausgehend, folgern die einen (insbes. Sölter in WuW 1961, S.666 ff.; ebenso Gleiss/Hirsch in AWD BB 1962, S.123; Deringer in WuW 1962, S.82; Marchal in RMC 1959, S.365), daß eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten nur dann anzunehmen sei, wenn ein vorhandener Handel nicht mehr durchgeführt oder reduziert werde oder ein möglicher Handel nicht oder nur begrenzt durchgeführt werde, d.h. daß solche Vereinbarungen nicht unter Art.85 fallen, die sich entweder neutral zum zwischenstaatlichen Handel verhalten oder den zwischenstaatlichen Handel fördern.
Dagegen wird jedoch insbesondere von Steindorff (in Monopole und Kartelle I, S.162 ff.; ebenso Baumbach-Hefermehl, Anm. 13 zu Art.85; Everling in Wohlfarth/Everling, Anm. 4 zu Art.85; Bundeskartellamt, Bericht 1961, S.62; Schlieder in BB 1962, S.305) die Ansicht vertreten, das Kartellverbot sei schon immer dann anwendbar, wenn die Bewegung von Waren und Leistungen im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr von ihrem natürlichen Verlauf abgelenkt wird oder wenn der zwischenstaatliche Handel in sonst irgendeiner Weise berührt wird.
Dieser Ansicht ist beizupflichten. Das Wort "beeinträchtigen" kann nämlich nur den Sinn eines neutralen "beeinflussen" haben, wie das französische "affecter". Das ergibt sich insbesondere aus Art.92. Nach dieser Vorschrift

Vorgänge, welche ausschließlich die Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb eines Mitgliedstaates bewirken und nur mittelbar Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel aufweisen, werden von dem Verbot nicht erfaßt. Denn der Vertrag will und kann eben nur solche Sachverhalte erfassen, durch welche die Ziele des Vertrages in Gefahr gebracht werden können. Durch Vorgänge, die innerstaatliche bleiben, wird die Zielsetzung des Vertrages nicht berührt. Verboten sind danach alle wettbewerbsverfälschende Vereinbarungen, die den Wirtschaftsverkehr¹⁾ zwischen mindestens zwei Mit-

Fortsetzung von Seite 18

sind staatliche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten "beeinträchtigen". Mit dieser Bestimmung sollen gerade solche Beihilfen verboten werden, die die Mitgliedstaaten zur Förderung des Exportes in andere Mitgliedstaaten an Unternehmen innerhalb ihres Hoheitsgebietes vergeben; denn gerade diese Beihilfen sind besonders wettbewerbsverzerrend (Everling in Wohlfarth/Everling, Anm.5 zu Art.92). Würde man dem Begriff der Beeinträchtigung einen negativen Gehalt geben, so würden alle diese Beihilfen nicht unter das Beihilfenverbot des Art.92 fallen. Denn gerade Exportbeihilfen werden zu dem Zweck vergeben, den zwischenstaatlichen Handel zu fördern. Dem Ausdruck "beeinträchtigen" kann also in diesem Zusammenhang sicher keine negative Bedeutung zukommen. Es ist nicht einzusehen, warum Art.85 den Begriff der "Beeinträchtigung" in anderer Bedeutung verwenden sollte als Art.92; denn beide Vorschriften gehören zu dem Kapitel "Wettbewerbsregeln" und sind auch ihrem Sinn und Zweck nach inhaltlich miteinander verbunden, da beide Wettbewerbsverfälschungen verbieten, durch die der zwischenstaatliche Handel beeinflusst wird.

Im übrigen: Würden solche Kartelle nicht unter das Verbot fallen, die sich entweder neutral zum zwischenstaatlichen Handel verhalten oder den zwischenstaatlichen Handel fördern, so müßte bei jeder Wettbewerbsbeschränkung der Kausalzusammenhang zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und der Entwicklung des zwischenstaatlichen Handels festgestellt werden. Denn nur solche Vereinbarungen und Beschlüsse würden dann verboten sein, die kausal sind für eine Verringerung des zwischenstaatlichen Handels. Dabei dürften andere wirtschaftliche Ursachen, die unter Umständen zur Verringerung des zwischenstaatlichen Handels beigetragen haben, nicht berücksichtigt werden. Ob eine solche Feststellung überhaupt getroffen werden kann, erscheint jedoch sehr fraglich. Die die Vorschrift anwendenden Instanzen, insbesondere die Gerichte der Mitgliedstaaten werden schwerlich klar überblicken können, ob eine

Fortsetzung siehe bitte Seite 20.

gliedsstaaten unmittelbar berühren und dadurch den natürlichen Integrationsverlauf der sechs Mitgliedstaaten zu hindern geeignet sind.

III. Zulässigkeit der Bildung strukturverändernder Wirtschaftseinheiten

anders als bei blossen Wettbewerbsbeschränkungen im zwischensaatlichen Wirtschaftsverkehr verhält es sich im Falle von Verträgen, durch welche die Beteiligten nicht nur den Teilbereich ihres Marktverhaltens regeln, sondern selbst, als eigenständige Unternehmen für sich zu existieren. Derartige Verträge, durch welche sich die beteiligten Unternehmen unter Aufgabe ihres eigenen Willens zur Geschäftsplanung einer einheitlichen wirtschaftlichen Gesamtleitung über ihren gesamten technischen und kaufmännischen Betätigungsbereich unterstellen, richten die Vertragspartner von ihrer bisher wesentlich durch die nationalen Grenzen bestimmten Struktur auf die neuen Gegebenheiten des Gemeinsamen Marktes aus.¹⁾ Sie bilden wirtschaftliche Planungseinheiten, die nun nicht mehr an den nationalen Grenzen, sondern an den Grenzen des Gemeinsamen Marktes orientiert sind. Die Bildung solcher privater wirtschaftlicher Pla-

Fortsetzung von Seite 19

Der Vertrag zum des zwischensaatlichen Wirtschaftsverkehrs auf Grund der gemeinsamen wirtschaftlicher Veränderungen eingetreten ist.

- 1) Insbesondere ist nicht nur der Austausch von Waren, sondern auch von Dienstleistungen zu verstehen; das ergibt sich eindeutig aus Art.85 Abs.1, d und e, in denen die Wettbewerbsbeschränkungen in Bezug auf Leistungen für verboten erklärt werden. Als Handel zwischen Mitgliedstaaten wird deshalb mit Recht allgemein der gesamte Wirtschaftsverkehr zwischen Mitgliedstaaten angesehen (vgl. in DE 35, S. 43, Störing in Wollarth, Verbin., 3. Aufl. zu Art. 36, Barmann-J. Fernh. Ann. 1958, 18; Krüger in JW 1958, S. 78; Bundeskartellamt, Jahresbericht 1961, S. 62).

1) Houssiaux, aaO, S. 56 ff.

nungseinheiten über die einzelnen Mitgliedstaaten hinaus fördert die in Art. 2 zum Ziel erhobene Integration, schafft engere Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten auf der Ebene der Unternehmen und ermöglicht die Umstrukturierung der Unternehmen in Hinsicht auf die Bedingungen des Gemeinsamen Marktes.

Deshalb haben die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft solche Vereinbarungen und Verträge, durch welche eine neue wirtschaftliche Einheit unter einer gemeinsamen geschäftlichen Leitung zum Entstehen gebracht wird, nicht für verboten erklärt; mit dem Gemeinsamen Markte für unvereinbar erklärt haben die Mitgliedstaaten lediglich die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt (Art.86).

Verboten ist also nicht der Vertragsschluß selbst, mit dem sich mehrere Unternehmen zu einer neuen wirtschaftlichen Einheit verbinden, sondern lediglich die mißbräuchliche Ausnutzung einer durch einen solchen Vertragsschluß eventuell erlangten marktbeherrschenden Stellung.

IV. Zulässigkeit "nützlicher" Kartelle

Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen steht unter einem weiteren Vorbehalt. Ziel des Vertrages ist nicht der Wettbewerb um jeden Preis; Ziel ist vielmehr eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft und eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung. Der Wettbewerb ist nur ein Mittel zur Förderung der Vertragsziele.

Diese Ziele werden nicht immer nur durch einen harten Wettbewerbskampf zwischen den beteiligten Unternehmen gefördert. Es ist an dem Beispiel der wirtschaftlichen Integration innerhalb eines Staates zu zeigen versucht worden, daß sich

1) Vgl. Marchal in RMC 1959, S.364 f.

die Bildung eines einheitlichen Raumes mit einem gemeinsamen Solidaritätsgefühl nicht durch einen Wettbewerbskampf um jeden Preis hat vollziehen können, sondern durch eine intensive Zusammenarbeit der Regional- und Lokalwirtschaften.

Anders als in der Weise, wie sich eine wirtschaftliche Integration im innerstaatlichen Bereich vollzogen hat, wird sich auch die Anpassung und eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung zwischen den Volkswirtschaften der sechs Mitgliedstaaten nicht vollziehen können.

Auf dieser Erkenntnis beruht Art.85 Abs.III. Danach kann das Verbot des Art.85 Abs.I auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, sowie auf Gruppen solcher Vereinbarungen und Beschlüsse für nicht anwendbar erklärt werden, wenn vier Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt sind.

Durch solche Vereinbarungen und Beschlüsse muß

- ein Beitrag zur Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts geleistet werden; dabei muß
- eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn gewährleistet sein; und es dürfen dadurch nicht
- den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele (Verbesserung der Erzeugung usw.) nicht unerläßlich sind, und
- Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die in diesen Voraussetzungen genannten überordentlich konkreten Begriffe entstammen dem Bereich der Wirtschaftswissenschaften. Eine objektive Beurteilung ihres Vorliegens wird von den beteiligten Unternehmen nicht erwartet werden

können. Ob die Voraussetzungen für eine Freistellung gemäß Art.85 Abs.III gegeben sind, soll und darf deshalb nur die Kommission entscheiden können, die zur Förderung der Gemeinschaftsziele verpflichtet ist.¹⁾ Diese hat zu prüfen, ob ein Kartell der in Art.85 Abs.I genannten Art zu einer wirtschaftlichen Verbesserung bei angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn²⁾ beiträgt. Und falls sie dieses bejaht, kann sie ein nützliches Kartell auch nur dann von dem Verbot freistellen, wenn das angestrebte Ziel der wirtschaftlichen Verbesserung nicht anders als durch Beschränkung des Wettbewerbs erreicht werden kann und der Wettbewerb als Steuerungsmittel der Wirtschaftspläne innerhalb der Gemeinschaft nicht gänzlich ausgeschaltet wird.

D. Die Verwirklichung des Kartellverbots

I. Die Durchsetzung des Verbots

Zur Durchsetzung des Kartellverbots sieht Art.87 vor, daß der Rat auf Vorschlag der Kommission nach Anhörung der Versammlung alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in Art. 85 niedergelegten Grundsätze erläßt, insbesondere um die Einzelheiten der Anwendung des Art.85 Abs.III festzulegen und die Beachtung des in Art.85 Abs.I genannten Verbots durch Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu gewährleisten.

1) Über die Zuständigkeitsregelung s. unten S. 28 ff.

2) Unter Gewinn ist nach allgemeiner Ansicht jeder wirtschaftliche Vorteil zu verstehen. Günther in WuW 1957, S. 281; Koch in BB 1959, S.246; Kirschstein/Segelmann, Rationalisierungskartelle, 1960, S.18; Sölter in WuW 1961, S.681; Gleiss/Hirsch in BB 1962, S.125; Bundeskartellamt, Jahresbericht 1959, S.55; dass., Beschluß v. 19.2.1959 in WuW 1959, S.305, Beschluß v. 23.8.1960 in WuW 1960, S.184, Beschluß v. Februar 1962 in WuW 1962, S.570.

Die erste Durchführungsverordnung zu den Art.85 und 86 ist nunmehr als Verordnung Nr.17 vom Ministerrat in seiner Sitzung vom 6. Februar 1962 verabschiedet worden und am 13. März 1962 in Kraft getreten.¹⁾

1. Die Anwendung von Art. 85 Abs. I

In dieser Verordnung ist ein Verfahren geregelt, durch das die Anwendung des in Art. 85 Abs. I genannten Verbots gewährleistet ist. Danach sind Vereinbarungen und Beschlüsse der in Art. 85 Abs. I bezeichneten Art grundsätzlich verboten, ohne daß dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.²⁾ Nur für Vereinbarungen und Beschlüsse, die bei Inkrafttreten der Verordnung schon bestanden haben (sogenannte Altkartelle), kann die Kommission das Verbot für die Vergangenheit aussetzen, wenn sich die Beteiligten für die Zukunft den Vertragsvorschriften anpassen.³⁾

a) Anwendung durch die Kommission.

Stellt die Kommission auf Antrag eines Mitgliedstaates oder einer Person oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Art.85 Abs.I fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.⁴⁾ Um dem Sicherheitsbedürfnis der beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen nachzukommen, kann die Kommission auf Antrag der beteiligten Unternehmen feststellen, daß nach den ihr bekannten Tatsachen für sie kein Anlaß besteht, gegen eine Vereinbarung oder einen Beschluß auf Grund von

1.) Die Verordnung Nr.17 wurde am 21. Februar 1962 im ABl. 1962, S.204 ff. veröffentlicht. Gemäß Art.191 Abs.I, 3.2 tritt eine Verordnung, wenn nichts anderes bestimmt ist, am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im ABl. in Kraft. Sie wurde in ihren Art.5 und 7 durch die Verordnung Nr. 59, ABl. 1962, S.1655, geändert.

2) Art.1 Verordnung Nr.17 (im folgenden VO Nr.17 zitiert); s. dazu Teil II, B.

3) Art.7 VO Nr.17; s. dazu Teil II, D.

4) Art.3 VO Nr.17.

Art.85 Abs.I einzuschreiten.¹⁾

b) Anwendung durch die Behörden der Mitgliedstaaten bis zur Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission

Solange die Kommission noch kein Verfahren der genannten Art oder ein Freistellungsverfahren nach Art.85 Abs.III (über dieses Verfahren s. unten) eingeleitet hat, sind die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden²⁾ der Mitgliedstaaten zuständig, eine Zuwiderhandlung gegen Art.85 Abs.I im Einklang mit ihren eigenen Vorschriften festzustellen. Nach Einleitung eines dieser Verfahren wird jedoch die Kommission ausschließlich zuständig, Art.85 Abs.I anzuwenden.

Die Kommission hatte in dem ursprünglichen Verordnungsentwurf vom Oktober 1960 die Beibehaltung der in Art.88 und 89 geregelten konkurrierenden Zuständigkeit der Kommission sowie der nationalen Behörden und Gerichte bei der Anwendung von Art.85 Abs.I vorgeschlagen.³⁾ Solange kein Freistellungsantrag nach Art.85 Abs.III bei der Kommission gestellt worden war, sollten sowohl die nationalen Verwaltungsbehörden als auch die nationalen Gerichte Art.85 Abs.I anwenden können. Der Wirtschafts- und Sozialausschuß⁴⁾ und der Binnenmarktausschuß des Europäischen

1) Art.2 VO Nr.17.

2) Art.9 Abs.III VO Nr.17 i.Verb.m. Art.88. Zu den Behörden der Mitgliedstaaten gehören nicht nur die Verwaltungsbehörden, sondern auch die Gerichte. Das ergibt sich eindeutig aus den Materialien zur Verordnung Nr.17. Auch das Merkblatt der Kommission zu Art.88 und 86 geht davon aus, daß die Gerichte der Mitgliedstaaten zur Anwendung von Art.85 Abs.I zuständig sind. WvW 1962, S.762. Damit ist die Frage, die für Art.88 streitig war, ob unter Behörden nur die Verwaltungsbehörden oder auch die Gerichte zu verstehen sind, durch Art.9 Abs.III VO Nr.17 entschieden; vgl. auch Weyer in DB 1962, S.326; auch der Generalanwalt am BGH Lagrange geht davon aus, daß unter Behörden der Mitgliedstaaten die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden zu verstehen sind, Rechtssache 13/61, Schlußanträge, heft. (franz.) S.15. Zum Streit vor Inkrafttreten der VO Nr.17 Everling in Wohlfarth/Fortsetzung siehe bitte Seite 26.

Parlaments¹⁾ setzten sich dann für eine Regelung ein, die die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für die Anwendung von Art.85 Abs.I begründen sollte. Der Binnenmarktausschuß begründete seine Stellungnahme damit, daß der Vorschlag der Kommission zu Kompetenzüberlagerungen Anlaß geben würde. Wenn die nationalen Behörden einen Fall neben der Kommission behandeln könnten, so würden sich widersprechende Entscheidungen nicht vermeiden lassen.²⁾ Das Europäische Parlament schlug in seiner Sitzung vom 19.10.1961 sogar vor, sowohl Verwaltungs- wie Gerichtsbehörden der Mitgliedstaaten sollten für die Anwendung von Art.85 Abs.I ausgeschlossen sein.³⁾ Dagegen lehnte die Kommission eine solche Regelung ab. Der für die Generaldirektion Wettbewerb in der Kommission zuständige Kommissar von der Groeben unterstrich, es handle sich bei der Feststellung einer Zuwiderhandlung nach Art.85 Abs.I um eine reine Subsumtion, die den Behörden und den ordentlichen Gerichten nicht entzogen werden könne.⁴⁾

Fortsetzung von Seite 25

Ferling, Anm.2 zu Art.88; Coing/Kronstein/Schlochauer, Gutachten, S.28.

3) Dok. IV Kom. (60) 158 endg., Art.9 und Begründung S.14.

4) Dok. CES 45/61, S.3.

1) Deringer-Bericht, S.27 f., 42.

2) Deringer-Bericht, S.28.

3) Art.7 Abs.I der Stellungnahme des Parlaments lautete: "Vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den Gerichtshof ist die Kommission unter Ausschluß der Verwaltungs- und Gerichtsbehörden der Mitgliedstaaten für die in Art.1 A (Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art.85 Abs.I) ... vorgesehene Entscheidung allein zuständig," ABL. 1961, S.1413.

4) Vor der Annahme des in Anm.3 zitierten Art.7 Abs.I hatte sich im Parlament folgender Redewechsel zwischen den Abgeordneten Ferretti und dem Kommissar von der Groeben zugetragen:

Ferretti:

Dieser Vorschlag wird von manchen aus nationalistischen Erwägungen in offenem Widerspruch zum Gemeinschaftsgeist bekämpft. Aber es ist klar, daß dieser Vorschlag ... dem elementaren Erfordernis entspricht, die einheitliche Anwendung des Art.85 auf dem ganzen Gebiet der Gemeinschaft sicherzustellen. Diesem Erfordernis könnte selbstverständlich

Fortsetzung siehe bitte Seite 27.

Der endgültige Vorschlag der Kommission an den Ministerrat vom Oktober 1961¹⁾ folgt dann aber doch den Stellungnahmen des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Europäischen Parlaments insoweit, als er Kompetenzüberschneidungen unmöglich macht. Die Bestimmung des ursprünglichen Entwurfs, wonach die Kommission neben den Behörden der Mitgliedstaaten zur Anwendung von Art.85 Abs.I zuständig sein sollte²⁾, wurde gestrichen.³⁾ Die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten behielten zwar auch nach diesem Vorschlag die Zuständigkeit, Art.85 Abs.I anzuwenden, jedoch wurde diese Zuständigkeit auf die Zeit begrenzt, in der die Kommission noch kein Verfahren zur Erteilung eines Negativattests, kein Verfahren zur Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 85 und auch kein Verfahren zur Abgabe einer Erklärung nach Art.85 Abs.III eingeleitet hat.⁴⁾ Dieser Vorschlag ist vom Ministerrat in dem jetzigen Art.9 Abs.III VO Nr.17 angenommen worden.

Wenn auch der Vertreter der Kommission in der erwähnten Sitzung des Europäischen Parlaments auf dessen Anregungen nicht eingegangen ist, so haben diese Anregungen doch in dem endgültigen und dann vom Ministerrat angenommenen Verordnungsvorschlag Ausdruck gefunden. Die konkurrierende Zuständigkeit von Kommission und Behörden der Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Art.85 Abs.I ist weggefallen. Denn sobald die Kommission die ihr nach der Verordnung Nr. 17

Fortsetzung von Seite 26

nicht Genüge getan werden, wenn die Anwendung der Artikel selbst dem Urteil der Behörden der einzelnen Staaten überlassen würde. (Sitzungsberichte II/62, S.212 v. 19.10.1961).

Dagegen von der Groeben:

Der Unterschied zwischen Art.85 Abs.III und Art.85 Abs.I besteht nach unserer Auffassung darin, daß Art.85 Abs.III eine weitgehende Ermessensfreiheit gibt ... und daß Art. 85 Abs.I eine Frage rein der Subsumtion betrifft. Wir glauben nicht, daß es möglich ist, eine ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für Subsumierungsfragen zu statuieren. ... (Sitzungsberichte aaO, S.263).

1) Dok.IV/Kom (61) 157, Art.7.

2) Art.7 Abs.III, Dok.IV/Kom (60) 158 endg.

3) Art.7 n.F., Dok. Anm. 1.

4) Art.7 Dok. IV/Kom (61) 157.

zustehenden Verfahren - ein Verfahren zur Abgabe eines Negativattests, ein Feststellungsverfahren nach Art.3 VO Nr.17 oder ein Freistellungsverfahren - eingeleitet hat, wird die Kommission ausschließlich zuständig, Art.85 Abs.I anzuwenden. Die Zuständigkeit der nationalen Behörden und Gerichte wird dadurch für immer abgeschnitten. Damit nähert sich die in Art.9 Abs.III VO Nr.17 zum Ausdruck gekommene Regelung praktisch der Vorschrift des Art.65 § 4 Abs.II EGKSV, wonach die Hohe Behörde ausschließlich zuständig ist, darüber zu entscheiden, ob eine Vereinbarung mit dem Kartellverbot des EGKSV in Einklang steht.

c) Festsetzung von Geldbussen und Zwangsgeldern

Während die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 85 Abs.I sowohl von der Kommission wie von den Behörden der Mitgliedstaaten getroffen werden kann, kann jedoch nur die Kommission bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen Art.85 Abs.I Geldbussen gegen die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen festsetzen.¹⁾ Sie allein kann auch nur Zwangsgelder festsetzen, um die beteiligten Unternehmen anzuhalten, eine Zuwiderhandlung gegen Art. 85 zu unterlassen, deren Abstellung sie in einer Entscheidung nach Art.3 VO Nr.17 angeordnet hat.²⁾

2. Die Anwendung von Art.85 Abs.III

Anders als für die Anwendung von Art.85 Abs.I ist die Kommission ausschließlich zuständig, Art.85 Abs.III anzuwenden.³⁾ Diese kann nach herrschender Ansicht ihre Befugnis

1) Art.15 Abs.II, a VO Nr.17. Das schließt nicht aus, daß Mitgliedstaaten zusätzlich Bußgeldbestimmungen erlassen.

2) Art. 16 VO Nr.17.

3) Art.9 Abs.I VO Nr.17.

nicht nur durch Erteilung von Einzelausnahmen, sondern auch durch Erteilung von Generalausnahmen für bestimmte Gruppen von Abreden ausüben.¹⁾ Dieser Meinung hat sich auch die Kommission angeschlossen, indem sie in vier Bekanntmachungen erklärt hat, daß sie bestimmte Alleinvertriebs- und Patentlizenzenverträge vom Verbot durch Gruppenfreisteilung ausnehmen will, und zwar zunächst für drei Jahre.²⁾ Koch³⁾ dagegen vertritt die Ansicht, Art.85 Abs.III sehe nur die Möglichkeit für eine Erlaubniserteilung im Einzelfalle vor. Vämtliche Kriterien für die Nichtanwendbarkeitserklärung seien bereits in Art.85 Abs.III gegeben; die gemäß Art.87 vorgesehenen Bestimmungen seien lediglich Anwendungsvorschriften.

Nach Hefermehl⁴⁾ ist der Ansicht, Art.85 Abs.III berechti-ge nur dazu, bestimmter Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen für Maßnahmen, die sie begründetg treffen, eine über den Einzelfall hinausreichende generelle Freisteilung, nicht aber eine Generalausnahme schlechthin zu erteilen.

2. Diese Ansichten sind mit dem Wortlaut von Art. 85 Abs.III unvereinbar.

In der deutschen Fassung heißt es zwar, daß das Verbot des Abs.1 auf Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen und auf Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen für nicht anwendbar erklärt werden könne. Für den Ausdruck "Gruppe" heißt es jedoch in dem französischen Vertragstext deutlich "categorie", im italienischen Text "categoria". "Catégories d'accords" und "catégories de décisions" sind eindeutig Gruppen von Vereinbarungen und Be-

1. Thiesing in von der Groeben/Boettich, S. 77; Eweling in Wohlfarth/Eweling, Anm. zu Art. 85; Günther in WuW 1957, S.201; Frankfurter Kommentar, Vorbem. zu Art.85 ff. T.113; Sölter in WuW 1961, S.67; ff.; Dieck/Hansen, EWG-Kartellrecht, Rn.86 zu Art.85; dies. in BB 1962, S.1304; Kleemann, Die Wettbewerbsregeln, S.90.

2) ABl. 1962, S.2627 ff.

3) in BB 1959, S.246.

4) in Baumbach-Hefermehl, Anm.10 zu Art.85.

schließen. "Catégorie" heißt auch "Klasse"; z.B. sind Steuerklassen "catégories d'imposition".¹⁾ Von dem Verbot sollen also offensichtlich bestimmte Arten (Klassen) von Abreden generell ausgenommen werden können, die die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III erfüllen, etwa Konditionenkartelle oder Rabattkartelle. Solche generellen sachlichen Ausnahmen von einem grundsätzlichen Kartellverbot sind gar nicht ungewöhnlich; auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nimmt bestimmte Kategorien von Vereinbarungen von dem Grundsatz des § 1 aus.

Art.87 Abs.II, c steht dem nicht entgegen; denn nach dieser Vorschrift kann der Rat über generelle Ausnahmen hinaus den Anwendungsbereich von Art.85 auch für einzelne Wirtschaftszweige näher bestimmen, so daß über die generelle Ausnahme bestimmter Klassen von Wettbewerbsbeschränkungen die Abreden ganzer Wirtschaftszweige, wie z.B. des Kreditgewerbes, von dem Verbot ausgenommen werden können. Art.87 Abs.II, c schränkt nicht die generelle Möglichkeit ein, das Verbot des Art.85 Abs.I für nicht anwendbar zu erklären, sondern sie dehnt diese Möglichkeit aus.

2. Art.85 Abs.III fordert auch nicht, daß nur Gruppen von Vereinbarungen zwischen bestimmten Unternehmen und Gruppen von Beschlüssen von bestimmten Unternehmensvereinigungen von dem Verbot ausgenommen werden können, sondern daß für Vereinbarungen und Beschlüsse zwischen Unternehmen schlechthin das Verbot für nicht anwendbar erklärt werden kann.

3. Gemäß Art.9 Abs.I VO Nr.17 ist die Kommission ausschließlich zuständig, Art.85 Abs.I nach Art.85 Abs.III für nicht anwendbar zu erklären. Man wird deshalb die Kommission auch für ausschließlich zuständig halten müssen, generelle und

1) Sachs-Vilatte, Französisch-Deutsches Wörterbuch, unter "catégorie" (Anhang).

allgemeinverbindliche Freistellungen nach Art.85 Abs.III abzugeben.

Der Vertrag gibt der Kommission zwar im Grundsatz nur das Recht zur Abgabe von nicht allgemeinverbindlichen Stellungnahmen, Empfehlungen und Entscheidungen,¹⁾ während der Ministerrat in erster Linie zum Erlass von allgemeinverbindlichen Verordnungen berufen ist.

Jedoch kann die Kommission zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch allgemeinverbindliche Verordnungen erlassen,²⁾ wie es auch bereits verschiedentlich geschehen ist.³⁾

Die Kommission hat für die Anwendung des Vertrages Sorge zu tragen,⁴⁾ insbesondere ist sie an die in Art.2 genannten Gemeinschaftsziele gebunden. Da die in Art.85 Abs.III normierten nützlichen Kartelle diesen Gemeinschaftszielen dienen, dürfte es zulässig sein, daß die Kommission auch durch generelle und allgemeinverbindliche Verordnung Freistellungen von dem Verbot erteilt, wenn dadurch nicht der in Art. 85 Abs.III gesetzte Rahmen überschritten wird.

a) Die Regel der Anmeldepflicht

Vereinbarungen und Beschlüsse der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art, für welche die Beteiligten Art.85 Abs.III in Anspruch nehmen wollen, bedürfen grundsätzlich der Anmeldung bei der Kommission (anmeldepflichtige Kartelle).⁵⁾ Diese

- 1) Art.155 Abs.II und III i.Verb.m. Art.189 Abs.IV und V.
- 2) In Art.189 Abs.I heißt es ausdrücklich: "Zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Maßgabe dieses Vertrages erlassen der Rat und die Kommission Verordnungen ...", so auch Wohlfarth in Wohlfarth/Everling, Anm.17 zu Art.189.
- 3) z.B. VO Nr.7 der Kommission zur Festlegung der Arbeitsweise des Entwicklungsfonds für die überseeischen Länder und Hoheitsgebiete (ABl 1959, S.241 ff.); VO Nr.8 der Kommission zur Durchführung von Art.91 Abs.II (ABl 1960, S. 597 ff.).
- 4) Art. 155 Abs.I.
- 5) Art. 4 Abs.I VO Nr. 17; dazu Teil II, 3.

Anmeldung ist keine Rechtspflicht im eigentlichen Sinne, da sie mit einem Zwangsgeld oder durch andere Formen des Verwaltungszwanges nicht erzwungen werden kann.¹⁾ Ohne Anmeldung kann die Kommission jedoch eine Erklärung nach Art.85 Abs.III nicht abgeben.²⁾ Die Anmeldung ist also eine bloße Obliegenheit, die mit Rechtsnachteilen verbunden ist, wenn sie nicht erfüllt wird, da eine Freistellungserklärung nach Art.85 Abs.III dann nicht abgegeben werden kann.

Für Allkartelle muß die Anmeldung vor dem 1.1.1962, und wenn an dem Kartell nur zwei Unternehmen beteiligt sind, bis zum 1.2.1963 vorgenommen worden sein.³⁾

b) Die Ausnahmen von der Anmeldepflicht

Das Regel der Anmeldepflicht gilt nicht für bestimmte Arten von Wettbewerbsbeschränkungen mit Merkmalen, die sie weniger gefährlich für die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes machen können.⁴⁾ Diese sind in Art.4 Abs.II VO Nr.17 näher bezeichnet (nicht anmeldepflichtige Kartelle). Darunter fallen insbesondere vertikale Bindungen und Lizenzverträge, aber auch Kartelle zwischen Unternehmen aus nur einem Mitgliedstaat, soweit es sich nicht um Export- oder Importkartelle handelt, ferner auch Typen- und Normenkartelle.

Die Kommission kann bei diesen nicht anmeldepflichtigen Kartellen auch dann eine Erklärung nach Art.85 Abs.III abgeben, wenn die beteiligten Unternehmen diese nicht aneinander haben. Das ergibt sich aus dem Wortlaut von Art.4 Abs.II VO Nr.17, wonach für die dort genannten Vereinbarungen und Beschlüsse der Abs.I nicht gilt, also auch nicht die Anmeldung als eine Bedingung für die Abgabe einer Er-

1) Art.16 VO Nr.17 sieht kein Zwangsgeld für die Unterlassung einer Anmeldung vor.

2) Art.4 Abs.I, S.2 VO Nr.17.

3) Art.5 Abs. VO Nr.17 in der durch die VO Nr.59 geänderten Fassung.

4) Präambel zur Verordnung Nr.17.

Klärung nach Art.85 Abs.III.¹⁾

Um jedoch Klarheit über die Anwendbarkeit von Art.85 Abs. III auf diese Kartelle zu erlangen, können die beteiligten Unternehmen diese von sich aus bei der Kommission anmelden,²⁾ um dadurch das Freistellungsverfahren in Gang zu setzen.

I. Die zivilrechtliche Folge des Verstoßes

Im Fallbestand eines verbotenen Kartells heißt Art.85 die zivilrechtliche Rechtsfolge der Nichtigkeit. In Art.85 Abs.II heißt es:

"Die nach diesen Artikeln getroffenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig."

Der französische Text bezeichnet die verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse als "null de plein droit". Neben das Verbot, das den Unternehmen zur Förderung der in Art.2 genannten Ziele ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht macht, wird also die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit.³⁾

Die Frage der zivilrechtlichen Gültigkeit einer nach Art.85 verbotenen Vereinbarung stellt sich nicht nach den zivilrechtlichen und kollisionsrechtlichen Grundsätzen der nationalen Rechtsordnungen, sondern einzig und allein nach Gemeinschaftsrecht. Vereinbarungen von Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die in Art.85 Abs.I bezeichnet sind, sind nach Gemeinschaftsrecht

1) vgl. Merkblatt der Kommission zu Art.85 und 86 EWG 1962, S.766.

2) Art.4 Abs.II, 2.Abs.

3) Die Überwirkung auf die rechtliche Zeichnung der Kartellen ist typisch für bestimmte wirtschaftsrechtliche Normen, vgl. z.B. Erler, aaO, S.3 ff.; Neumayer in BdGFVR 1957, S.3 ff. über Wirtschaftsverwaltungsrecht S.4 ff.

nichtig. Es handelt sich bei dieser Nichtigkeit weder um die Nichtigkeit des deutschen Rechts noch die "nullité" des französischen Rechts.¹⁾ Denn das Gemeinschaftsrecht ist ein in sich geschlossenes Rechtssystem, das für seinen Bereich keine Anwendung nationalen Rechts duldet.²⁾

Der EWGV enthält damit Ansätze zu einem Gemeinschaftsprivatrecht, so rudimentär dieses auch sein mag. Es wird die Aufgabe des EGH sein, den Inhalt dieser gemeinschaftsrechtlichen Privatrechtsnorm näher zu bestimmen. Ein erstes Urteil des EGH zu Art.85 liegt vor; es wird Gegenstand des 2. teils sein, Folgerungen daraus für den in Art.85 Abs.II genannten Nichtigkeitsbegriff zu ziehen.

Während sich die Nichtigkeit verbotener Kartelle aus dem Vertrag selbst ergibt, bleiben die übrigen zivilrechtlichen Rechtsfolgen ungeregelt. Sie bestimmen sich nach den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Läßt sich z.B. ein bestimmter Sachverhalt nur teilweise unter das Verbot des Art.85 subsumieren, so beurteilt sich die Gültigkeit des von dem Verbot nicht gedeckten Teiles nach nationalem Recht.³⁾ Das Verbot gilt nur für die Kartellbindung. Ist diese Bestandteil eines umfassenderen Vertrages, etwa eines Gesellschafts-

1) Anders für Art.65 § 4 EGKSV Jerusalem, Das Recht der Montanunion, 1954, S.83, der annimmt, daß für den Begriff "nul de plein droit" französisches Recht zugrunde zu legen sei, weil auf dieses Recht stillschweigend Bezug genommen sei; ebenso Ballerstedt, Übernationale und nationale Marktordnung, 1955, S.11. Mit Recht weist Reuter, La CECA, S.214 darauf hin, daß die Vorschrift, um Mißverständnisse auszuschliessen, hätte heißen müssen: "... ne seront susceptibles d'aucune mise à exécution par une décision de justice."

2) s. S. 4.

3) Baumbach-Hefermehl, Kommentar, Rn.24 zu Art.85; Thiesing in v.d. Groeben/Boeckh, Anm.12 zu Art.85; Steindorff in Kartelle und Monopole I, S.161, 188.

vertrages, so wird der von dem Verbot nicht erfaßte Teil des Vertrages nach deutschem Recht nur dann nichtig sein, wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre (§ 139 BGB).

Auch andere zivilrechtliche Folgen des Verbots sind nach dem Zivilrecht der Mitgliedstaaten zu beurteilen, so insbesondere auch die Frage, ob den durch verbotene Kartelle geschädigten Dritten ein Schadensersatzanspruch gegen die Kartellpartner zusteht.

Zweiter Teil. Der Rechtscharakter von Art. 85

Über den Rechtscharakter von Art.85 ist seit Gründung der Gemeinschaft ein lebhafter Streit in allen Mitgliedsstaaten geführt worden.

So ist gefragt worden, ob Art.85 überhaupt schon anwendbares Recht sei, solange der Gemeinsame Markt noch nicht vollständig errichtet ist.

Weiter wurde vor Erlaß der ersten Durchführungsverordnung die Ansicht vertreten, Art.85 habe lediglich einen Programmsatz zum Inhalt, der zu seiner Anwendung eine besondere Ausführungsvorschriften bedürfe.

Inbesondere ist darüber bestritten worden, ob Art.85, wenn er sofort anwendbares Recht sei, direkt sein Verbot entgegenhalten könnte mit der Forderung, daß alle verbotenen Kartelle vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages an nichtig waren oder ob zum Wirksamwerden des Verbots die Entscheidung eines Bundes oder eines Gerichts erforderlich sei.

Schließlich bestanden verschiedene Auffassungen darüber, ob Art.85 Abs.I ein Verbot statuiere, das nur auf Grund konstitutiver Erklärung nach Art.85 Abs. II für nicht anwendbar erklärt werden könnte oder ob die Vorschrift des Art.85 Abs.III kraft desselben dem Verbot entgegenwirke, so daß eine Erklärung nach Art.85 nur Feststellungswirkung habe.

1. Programmsatz oder sofort anwendbares Rechtsgesetz

Schon vor Inkrafttreten des EWGV wurde die Frage gestellt, ob Art.85 unmittelbar geltendes Recht sei oder lediglich Programmsatzcharakter habe.

I. Anwendbare Rechtsnorm auch vor Errichtung des Gemeinsamen Marktes

Weebers¹⁾ und im Anschluß an diesen auch das LG Rotterdam¹⁾ vertraten die Ansicht, Art.85 könnte erst nach Ablauf der in Art.8 des Vertrages bestimmten Übergangszeit angewendet werden, weil der Gemeinsame Markt erst dann errichtet sei. Diese Ansicht wurde mit dem Wortlaut des Art.85 begründet, in dem es heißt, daß nur "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare" Wettbewerbsbeschränkungen verboten seien. Der Gemeinsame Markt sei jedoch erst nach Ablauf der in Art.8 vorgesehenen Übergangszeit errichtet.

Diese Ansicht hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 6. April 1962²⁾ mit Recht verurteilt.³⁾ Denn Art.88 und 89 sprechen deutlich gegen diese Auffassung. Art.88 verlieh den Behörden der Mitgliedstaaten die Befugnis, Art.85 auch schon vor Inkrafttreten der gemäß Art.87 erlassenen Vorschriften im Einklang mit den eigenen Rechtsvorschriften anzuwenden. Gemäß Art.89 war die Kommission seit Aufnahme ihrer Tätigkeit - also bald nach Inkrafttreten des Vertrages - verpflichtet, auf die Verwirklichung des in Art.85 niedergelegten Grundsatzes zu achten. Art.88 und 89 setzen also die sofortige Anwendbarkeit von Art.85 voraus. Folgerichtig heißt es denn auch in den Entscheidungsgründen zu dem oben zitierten Urteil des EGH:

1) Urteil vom 26.10.1960 in WuW 1961, S.642 f.

2) Rechtssache 11/61 in WuW 1962, S.531 ff.; BB 1962, S. 463.

3) Ebenso schon vorher Kommissions-Bericht über seine Tätigkeit im Jahre 1958, Nr.84, Bericht 1959, Nr.115; die auf S.61 zit. Rspr. deutscher Gerichte und Spruchpraxis des BKA; BKA, Bericht über seine Tätigkeit im Jahre 1959 (BT-Drucksache 1795), S.45, 54, im Jahre 1960 (BT-Drucksache 2734) S.60; Günther in WuW 1957, S.278, 287 f.; Thiesing in von der Groeben/Boeckh, Vorbem. 11-15 zu Art.85 ff.; Everling in Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Anm. 11 zu Art.85; Baumbach-Hefermehl, Vorbem.8 zu Anhang GWB; Koch in BB 1959, S.241; Reuter in Revue du Marché Commun 1959, S.46; von der Groeben in WuW 1961, S.379.

4) in De Naamlooze Vennootschap 1957, S. 86; ähnlich Honig in The Law Journal 1958, S. 564

"Indem Art.88 und 89 des Vertrages den nationalen Behörden und der Kommission Zuständigkeiten zur Anwendung von Art.85 übertragen, setzen sie voraus, daß diese Vorschrift schon vom Inkrafttreten des Vertrages an anwendbar war".¹⁾

Gegen die Ansicht Weebers spricht auch, daß der Vertrag sich des Ausdrucks "Gemeinsamer Markt" in verschiedenen Bedeutungen bedient. Art.8 sagt zwar, daß der Gemeinsame Markt während einer Übergangszeit von 12 Jahren verwirklicht werden soll, also vor dieser Verwirklichung noch nicht besteht. Art.91 dagegen bestimmt, daß die Kommission auch schon während der Übergangszeit Dumpingpraktiken abstellen kann, wenn sie solche "innerhalb des Gemeinsamen Marktes" feststellt. Ebenso bestimmen Art.100 und 101, daß der Rat bereits während der "Errichtung des Gemeinsamen Marktes" Richtlinien zur Angleichung von innerstaatlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen kann. Wenn also in diesen drei Fällen eindeutig die Anwendung der Vorschriften schon im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages erfolgen soll, so ist nicht ersichtlich, warum der Vertrag bei dem unter demselben Titel - nämlich "Gemeinsame Regeln für die Politik der Gemeinschaft" - stehenden Kartellverbot den erst verwirklichten Gemeinsamen Markt gemeint haben soll.²⁾ Vielmehr muß angenommen werden, daß der Vertrag den Begriff "Gemeinsamer Markt" in dem Teil "Politik der Gemeinschaft" als den erst zu verwirklichenden "Gemeinsamen Markt" ansieht.

1) aaO.

2) Darauf weist insbesondere Thiesing aaO hin.

II. Kein Programmsatz

Die insbesondere von Spengler¹⁾ und Strickrodt²⁾ vertretene Ansicht, Art.85 sei kein sofort anwendbares Recht gewesen, solange keine Durchführungsvorschriften gemäß Art.87 in Kraft getreten waren,³⁾ ist im wesentlichen obsolet geworden.

Die Vertreter dieser Ansicht sahen in Art.85 eine Bestimmung, die keinen "self-executing"-Charakter habe, einen den innerstaatlichen Rahmengesetzen und verfassungsrechtlichen Programmsätzen vergleichbaren Rechtssatz, der erst in dem Augenblick anwendbar würde, wenn die dazugehörigen Durchführungsvorschriften in Kraft getreten sind. Solche Durchführungsvorschriften seien die in Art.87 vorgesehenen Verordnungen oder Richtlinien. Eine solche Durchführungsverordnung ist nunmehr in der Verordnung Nr.17 erlassen worden.

Für die Zukunft ist also der oben genannten These die Grundlage entzogen. Damit ist der Streit über die Frage, ob Art. 85 Programmsatz oder sofort anwendbares Recht sei, im wesentlichen überholt.

Hinsichtlich der Vergangenheit (also vor Inkrafttreten der VO Nr.17) spricht sich der EGH in seinem bereits genannten Urteil vom 6.4.1962⁴⁾ deutlich für die sofortige Anwendbarkeit von Art.85 aus, indem er auf Art.88 und 89 verweist; diese Vorschriften setzen die Anwendbarkeit des Art.85 auch vor Inkrafttreten von Durchführungsvorschriften voraus. Auch die VO Nr.17 geht in ihrem Art.23 davon aus, daß Art. 85 seit Inkrafttreten des Vertrages anwendbar war, indem

1) Die Wettbewerbsregeln in der EWG, BDI Drucksache Nr.46; ders. in Müller-Henneberg/Schwartz, Anm.8 zu § 101 Nr. 3 GWB; ders. in WuW 1958, S.461 ff.

2) in DB 1957, Beilage 9 zu Heft 26.

3) ebenso Frankfurter Kommentar, Tz 39 ff. zu Vorbem.Art. 85 ff. EWGV; Peters in Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 1958, S.126 ff.

4) aaO.

die Tätigkeit der innerstaatlichen Behörden bei der Anwendung von Art.85 vor Inkrafttreten der Verordnung auch für die Zeit nach dem Inkrafttreten sanktioniert wird.¹⁾

Art.85 ist demnach ein seit Inkrafttreten des Vertrages anwendbarer Rechtssatz.

B. Direkt wirkende Norm oder Ermächtigungsnorm

I. Fragestellung

Wenn festgestellt werden konnte, daß Art.85 seit Inkrafttreten des Vertrages anwendbar gewesen ist, so ist damit jedoch noch nichts darüber ausgesagt,

- ob das Verbot des Art.85 Abs.I und die daran geknüpfte Nichtigkeit unmittelbar kraft ihrer Aussage wirken, ohne daß dies der vorherigen Entscheidung einer Behörde oder eines Gerichts bedarf, oder
- ob Art.85 einen bloßen Ermächtigungssatz zum Inhalt hat, der einer zuständigen Behörde oder einem Gericht die Befugnis gibt, Zuwiderhandlungen gegen das Verbot zu verbieten oder für nichtig zu erklären,

mit anderen Worten, ob Art.85 als direkt wirkende Norm oder als bloße Ermächtigungsnorm an die zuständigen Behörden anzusehen ist. Ist Art.85 eine direkt wirkende Norm, so ergibt sich das Verbot allein aus der gesetzlichen Norm, der zufolge die unter Art.85 fallenden Absprachen verboten und zivilrechtlich nichtig sind.²⁾ Beachtet Art.85 jedoch

- 1) Art.23 VO Nr.17 lautet: "Vereinbarungen ... der in Art.85 Abs.I des Vertrages bezeichneten Art, auf die vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung die zuständige Behörde eines Mitgliedstaates Art.85 Abs.I nach Art.85 Abs.III für nicht anwendbar erklärt hat, unterliegen nicht der in Art.5 vorgesehenen Anmeldepflicht."
- 2) Die Frage, welche Bedeutung dabei der Ausnahme des Art.85 Abs.III zukommt, wird in Abschnitt C erörtert.

eine bloße Ermächtigungsnorm, so sind zunächst alle Wettbewerbsbeschränkungen als zulässig und zivilrechtlich wirksam zu betrachten, solange nicht eine zuständige Behörde Art.85 auf sie für anwendbar erklärt hat, weil sie dem Verbot des Art.85 Abs.I unterfallen, ohne daß sie die Voraussetzung von Art.85 Abs.III erfüllen.

II. Meinungsstreit vor der Entscheidung des EGH vom 6.4.1962

Über diese Frage bestand vor der Entscheidung des LGH vom 6.4.1962¹⁾ ein lebhafter Streit.

Die Meinungsverschiedenheiten waren insbesondere deshalb entstanden, weil Art.88 bestimmte, daß bis zum Inkrafttreten der gemäß Art.87 vorgesehenen Durchführungsvorschriften die Behörden der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und Art.85, insbesondere Abs.III entscheiden sollten.

1. Verschiedene Kartellrechtssysteme in den Mitgliedstaaten

Nun fehlt es jedoch in einigen Mitgliedstaaten überhaupt an Kartellgesetzen; die in anderen Mitgliedstaaten vorhandenen Kartellgesetze gehen von ganz verschiedenen Auffassungen aus; auch gab es noch nicht in allen Mitgliedstaaten zuständige Behörden, die eine Freistellung von dem Verbot des Art.85 Abs.I erklären konnten.

a) Keine Kartellgesetze in Italien und Luxemburg.

In Italien und Luxemburg gibt es bis jetzt keine Rechtsvorschriften der in Art.38 bezeichneten Art., also weder ein unterbottenes Kartellrecht noch eine zuständige Instanz zur Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots.

¹⁾ aaO.

In Italien besteht zur Zeit lediglich ein von der Regierung am 26.11.1959 verabschiedeter Entwurf eines "Gesetzes zum Schutze der Freiheit des Wettbewerbs".¹⁾ Nach diesem Entwurf sollen Absprachen verboten sein, die den Wettbewerb in Italien hemmen. Ausnahmen von diesem Verbot, die zunächst vorgesehen waren, sind wieder beseitigt worden. Eine "Kommission für den Schutz des Wettbewerbs" soll mit der Prüfung der Ungesetzlichkeit von Wettbewerbsvereinbarungen betraut werden.²⁾ Bisher ist dieser Entwurf nicht Gesetz geworden.

b) Mißbrauchsgesetze in den Niederlanden und in Belgien.

In den Niederlanden und in Belgien gilt ein Mißbrauchssystem, auf Grund dessen bestimmte Behörden ermächtigt sind, Maßnahmen gegen Kartelle anzuordnen, die gegen das allgemeine Interesse verstoßen oder einen Mißbrauch wirtschaftlicher Macht darstellen.

(1) Nach dem niederländischen "Wet economische mededinging" vom 16. Juli 1958³⁾ sind Vereinbarungen, die den Wettbewerb regeln, beim Wirtschaftsminister anzumelden.⁴⁾ Die Versäumung dieser Pflicht hat jedoch keine Rechtsnachteile für die Kartellbeteiligten zur Folge.⁵⁾ Durch allgemeine Verwaltungsverordnung oder durch Einzelentscheidung kann der zuständige Minister Wettbewerbsregelungen für unverbindlich erklären, soweit sie gänzlich oder für einen Teil

1) Bericht in WuW 1960, S.113 (Ein neuer Antimonopolgesetzentwurf in Italien) sowie Scharf in WuW 1962, S.129.

2) aaO.

3) Staatsblad 1958, Nr.413 (Gesetz über den wirtschaftlichen Wettbewerb); deutsche Übersetzung in WuW 1961, S.30 ff.

4) Art. 2 des genannten Gesetzes.

5) Das ergibt sich durch Umkehrschluß aus Art.5 des gen. Gesetzes, wonach nur durch allgemeine Verwaltungsverordnung bestimmt werden kann, daß bestimmte Wettbewerbsregelungen ihre Rechtswirksamkeit verlieren, wenn sie nicht angemeldet werden; vgl. Mok in WuW 1960, S. 726 f.

dem allgemeinen Interesse zuwiderlaufen.¹⁾ Alle Handlungen, die gegen eine solche Verordnung oder Erklärung verstoßen, sind verboten und strafbar.²⁾ Die Beteiligten können innerhalb eines Monats von dem Kartellvertrag zurücktreten.³⁾ Eine Wettbewerbsregelung für zivilrechtlich unwirksam erklären darf der zuständige Minister nur, soweit ein schwerwiegender Grund ein sofortiges Einschreiten erforderlich macht;⁴⁾ diese Erklärung darf dann auch nur vorläufig erfolgen. Vor Abgabe seiner Entscheidungen holt der zuständige Minister ein Gutachten der "Commissie economische mededinging" ein.⁵⁾

(2) Die belgische "Loi sur la protection contre l'abus de la puissance économique" vom 27.5.1960⁶⁾ regelt ein Verfahren, nach dem der König Maßnahmen zur Abstellung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht anordnen kann.⁷⁾ Zuwiderhandlungen gegen eine solche Maßnahme können bestraft werden;⁸⁾ über die zivilrechtlichen Folgen der Maßnahme sagt das Gesetz nichts aus. Ein Mißbrauch liegt vor, wenn Personen, die eine wirtschaftliche Machtstellung innehaben, das allgemeine Interesse durch Verhaltensweisen verletzen, welche das normale Spiel des Wettbewerbs verfälschen oder beschränken.⁹⁾ Bevor der König seine Maßnahmen trifft, erfolgt eine eingehende Untersuchung durch den Untersuchungsführer beim "conseil du contentieux économique",¹⁰⁾ durch diesen "conseil" selbst,¹¹⁾ der Empfehlungen an den Wirtschaftsminister abgibt, und durch den Wirtschaftsminister.¹²⁾

1) Art.10 und 19 des genannten Gesetzes.

2) Art.15, 22 und 41 d.gen.G.

3) Art.14 und 21 d.gen.G.

4) Art.23 d.gen.G.

5) Art.28 d.gen.G.

6) Moniteur Belge vom 22.6.1960 - deutsche Übersetzung in WuW 1960, S.704 ff.

7) Art.14 Abs.V d.gen.G.

8) Art.19 d.gen.G.

9) Art. 2 d.gen.G.

0) Art. 4 ff. d.gen.G.

1) Art. 9 und 13 d.gen.G.

2) Art.14 d.gen.G.

c) Verbotsgesetze in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland.

Nur Frankreich und die Bundesrepublik Deutschland haben Kartellgesetze, die dem Verbotssystem folgen.

(1) In Frankreich ist das Kartellverbot Bestandteil der Ordonnance No.45 - 1483 relative aux prix vom 30.6.1945¹⁾ in der durch Décret No.53 - 704 vom 9.8.1953²⁾ und durch Décret No.58 - 545 vom 24.6.1958³⁾ sowie Décret No. 59 - 1004 vom 17.8.1959⁴⁾ geänderten Fassung. Gemäß Art.59 bis dieser Ordonnance sind alle Vereinbarungen verboten, die den Zweck oder die Wirkung haben, die freie Ausübung des Wettbewerbs zu behindern, indem sie ein Sinken der Preise verhindern.⁵⁾ Dieses Verbot steht jedoch unter dem Vorbehalt des Art.59 ter, wonach Art.59 bis für solche Vereinbarungen nicht gelten soll, die auf Grund gesetzlicher Vorschriften erlaubt sind oder die die Wirkung haben, den Absatz der Erzeugnisse zu verbessern oder auszudehnen oder die Entwicklung des wirtschaftlichen Fortschritts durch Rationalisierung und Spezialisierung zu sichern.⁶⁾

1) s. bei Ripert, Traité Élémentaire de Droit Commercial, Paris, 1959, S.207 f.

2) Journal Officiel (Lois et Décrets) 1953, S.7045; décret relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, ergänzt durch décret No.54-97 vom 27.1.1954 (Verfahrensordnung für die Commission Technique des Ententes) in J.O. 1954, S.1004 f.

3) J.O. 1958, S.5877.

4) J.O. 1959, S.8506.

5) Der genaue Wortlaut von Art.59 bis Abs.I ist: "Sont prohibées, sous réserve des dispositions de l'article 59ter, toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix".

6) Art.59 ter lautet: "Ne sont pas visées par les dispositions de l'art 59 bis les actions concertées, conventions et ententes:

1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire;

2. Dont les auteurs seront en mesure de justifier qu'elles ont pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production, ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation".

Verstöße gegen das Kartellverbot hat die Commission Technique des Ententes zu untersuchen; sie gibt eine Stellungnahme darüber ab, ob die betreffende Vereinbarung unter den Verbotsrahmen fällt oder nicht. Das Abänderungsdécret No. 53-704 relatif au maintien de la libre concurrence¹⁾ sah zunächst auch Strafmaßnahmen gegen verbotene Kartelle vor; der Conseil d'Etat hat jedoch durch Urteil vom 18.6.1958 die Strafbestimmungen annulliert, da diese nicht durch förmliches Gesetz erlassen waren.²⁾ Die Beteiligten eines Kartells können jedoch nach Art.419 code pénale strafrechtlich verfolgt werden, wonach Personen, die die Erzielung eines anomalen Gewinns (bénéfice anormal) bezwecken und dadurch die Preise künstlich verändern, bestraft werden können.³⁾

Verbotene Kartelle sind nichtig.⁴⁾ Diese Nichtigkeit kann von den Vertragsparteien und Dritten geltend gemacht werden. Von den ordentlichen Gerichten wird sie gegebenenfalls festgestellt; den Gerichten muß die Stellungnahme der Commission Technique des Ententes mitgeteilt werden, wenn diese eingeschaltet worden ist.⁵⁾

(2) Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁶⁾ erklärt in seinem § 1 alle Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, für unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des

1) aaO.

2) Jurisclasseur Periodique, 1958, S.10727; s. auch Ripert, aaO, S.207.

3) Vgl. Catrice in WuW 1958, S.286 ff.

4) Art. 59 bis Abs.II.

5) Art.59 bis Abs.II lautet: "Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit. Cette nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers, elle ne peut être opposée aux tiers par les parties; elle est éventuellement constatée par les tribunaux de droit commun à qui l'avis de la commission, s'il en est intervenu, doit être communiqué".

6) BGBI. I, S.1081 ff. (im folgenden GWB zitiert).

Wettbewerbs zu beeinflussen. Wer sich über die Unwirksamkeit eines solchen Vertrages hinwegsetzt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, die mit Geldbußen geahndet werden kann.¹⁾ Von dieser Unwirksamkeitserklärung sieht das Gesetz jedoch in den folgenden Paragraphen Ausnahmen vor. Konditionenkartelle,²⁾ Rabattkartelle³⁾ und Typen-(Normen-)Kartelle⁴⁾ werden wirksam, wenn die beteiligten Unternehmen das Kartell bei der zuständigen Kartellbehörde anmelden und diese innerhalb von drei Monaten nach der Anmeldung nicht widerspricht. Bis zum Ablauf der Dreimonatsfrist befindet sich das Kartell in einem schwebend unwirksamen Zustand.⁵⁾ Reine Exportkartelle⁶⁾ und Kalkulationskartelle⁷⁾ erlangen schon durch die bloße Anmeldung beim zuständigen Kartellamt Wirksamkeit.

Strukturkrisenkartelle,⁸⁾ Rationalisierungskartelle,⁹⁾ Exportkartelle mit Inlandsbindung¹⁰⁾ und Einfuhrkartelle¹¹⁾ können die Wirksamkeit auf Antrag durch Erteilung einer Erlaubnis vom zuständigen Kartellamt erlangen. Handelt es sich um keines der genannten Kartelle, so kann auch der Bundeswirtschaftsminister ausnahmsweise eine Erlaubnis zu einem Vertrag i.S. des § 1 GWB erteilen, wenn das aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist.¹²⁾ Solange die Entscheidung des Kartellamtes nicht vorliegt, sind die genannten Kartelle schwebend unwirksam. Wer sich über diese schwebende Unwirksamkeit hinwegsetzt, begeht ebenso eine Ordnungswidrigkeit, wie derjenige, welcher sich über eine voll unwirksame (nichtig) Vereinbarung hinwegsetzt.

-
- 1) § 38. GWB.
 - 2) § 2 GWB.
 - 3) § 3 GWB.
 - 4) § 5 Abs. I GWB.
 - 5) Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, Anm. IV zu § 2.
 - 6) § 6 i. Verb. m. § 9 Abs. II, S. 1 GWB.
 - 7) § 5 Abs. IV i. Verb. m. § 9 Abs. II, S. 2 GWB.
 - 8) § 4 GWB.
 - 9) § 5 Abs. II u. III GWB.
 - 10) § 6 Abs. II GWB.
 - 11) § 7 GWB.
 - 12) § 8 GWB.

2. Die Auslegung von Art.85 vor der Entscheidung des EGH

Da Art.88 auf diese nationalen Kartellrechtssysteme verweist, dieselben jedoch keineswegs übereinstimmen, beurteilten die Mitgliedstaaten - zumindest jedoch das in ihrem Sprachbereich veröffentlichte Schrifttum - Art.85 Abs.I als eine Norm, die jeweils ihrem nationalen Recht entsprach. Denn es fällt auf, daß das vorhandene Schrifttum in den Niederlanden und in Belgien¹⁾ Art.85 einstweilen als bloße Ermächtigungsnorm und in der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich²⁾ als direkt wirkende Verbotsnorm auffaßte.

a) So hatte denn auch die niederländische Regierung in ihrer Begründung zum EWGV an das niederländische Parlament die Ansicht vertreten, der Vertrag sei so formuliert, daß eine Wahl zwischen Verbots- und Mißbrauchssystem offen bleibe und erst bei der Festsetzung der zur Anwendung von Art.85 dienenden Vorschriften eine Wahl zwischen Verbots- und Mißbrauchssystem getroffen werden solle.³⁾ "Ein Land, dessen Gesetzgebung das Mißbrauchssystem kennt, wird dies bis zum Zustandekommen der in Art.87 vorgesehenen Durchführungsvorschriften weiterhin auch auf die den Gemeinsamen Markt berührenden Kartelle anwenden können".⁴⁾

Dieser Ansicht entsprechend erließ das niederländische Parlament ein Ausführungsgesetz zu Art.88, in dem das in Holland geltende Mißbrauchssystem auch auf die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen zur Anwendung gebracht wurde.⁵⁾ Danach sollte bis zum Inkrafttreten der Durchführungsvorschriften jedes Kartell solange wirksam sein, wie der holländische Wirtschaftsminister nach den nationalen Bestim-

1) s. Anm.3, 4 auf S.48.

2) s. Anm. 2 ff. auf S. 48f.

3) Niederländische Regierung in Regierungsvorlage zum EWGV, Zitting 1957 Nr. 4725, 3.

4) aaO.

5) Niederländisches Gesetz v. 5.12.1957 zur Durchführung des Art.88, Staatsblad 1957, Nr.528 - deutsche Übersetzung in WuW 1961, S.38.

mungen es nicht für verboten erklärt hatte. Auf der Grundlage dieses Gesetzes haben auch die meisten holländischen Gerichte bisher entschieden.¹⁾

Ebenso wie im holländischen Recht bestimmt Art.28 des belgischen Gesetzes zum Schutz gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht,²⁾ daß für die Anwendung des Art.85 durch die belgischen Behörden die Verfahrensvorschriften dieses Gesetzes - also ein Mißbrauchssystem - gelten.

3) Das belgische³⁾ und holländische⁴⁾ Schrifttum stützten ihre Ansicht insbesondere auf den Wortlaut von Art.88, wonach die nationalen Behörden bis zum Inkrafttreten der gemäß Art.87 erlassenen Vorschriften die nationalen Behörden über die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen der in Art.85 bezeichneten Art "entscheiden". Daraus sei zu schließen, daß bis zu dem in Art.88 genannten Zeitpunkt eine vorüberige Entscheidung zum Wirksamwerden des Verbotes erforderlich sei.

o) Dagegen legte das deutsche Bundeskartellamt⁵⁾ und der überwiegende Teil der Gerichte der Bundesrepublik⁶⁾ und des

1) Rechtbank Zutphen, Urteil v. 11.7.1958 in BB 1958, S. 931, berichtet in WuW 1958, 779; Gerichtshof Amsterdam, Urteil v. 3.3.1960, in BB 1960, S. 609, berichtet in WuW 1960, S. 773; Rechtbank Den Haag, Urteil v. 14.12.1960 in WuW 1961, S.479ff. m. Anm. v. Weyer.

2) s. S. 43.

3) del Marmol, Rapport introductif concernant les regles de concurrence applicable aux entreprises à l'intérieur du Marché Commun S. 3ff.; ders., Fabrimétal 1957, S.492; ders., La protection contre les abus de puissance économique en droit belge, S. 452 ff.

4) Verloren van Themaat, in Social Economische Wetgeving 1957 S.224 ff.; van Gelderen in Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht 1958, S.366 ff.; Baardmann, De kartelbepalingen in het EWGV, 1960, S. 78 ff.

5) Bericht über seine Tätigkeit im Jahre 1959, BT-Drucksache 2795 S.34 ff., im Jahre 1960, BT-Drucksache 2734, S.60; Beschl.v. 19.2.1959 in WuW 1958, S.305; Beschl.v. 23.7.1960 in WuW 1960, S.813 f.; Beschl.v. 20.6.1960 in WuW 1960, S. 822.

6) OLG Düsseldorf, Beschl.v. 21.10.1958, WuW 1959, S.298 ("Sa rotti"); LG Frankfurt, Urteil v. 13.2.1959 ("Uhrarmbänder" in WuW 1960, S.639 ff.; a.A. jedoch wohl LG Düsseldorf, Urteil v. 6.12.1960 ("Automatic-Walzen") in WuW 1961, S.565 f.

deutschen,¹⁾ französischen²⁾ und italienischen³⁾ Schrifttums dem Art.85 auch schon für die Übergangszeit Direktwirkung bei. Diese Ansicht stützt sich insbesondere auf den Wortlaut von Art.85 Abs.I, demnach Wettbewerbsbeschränkungen verboten sind. Die Wirkung des Verbots ginge von der Rechtsnorm selbst aus und sei deshalb von der Entscheidung einer Behörde unabhängig. Das verdeutliche Art.85 Abs.III, wonach zur Nichtanwendbarkeit des Verbots eine "Erklärung" erforderlich sei. Für Abs.I sei jedoch eine solche Erklärung nicht vorgesehen.

a) Eine die Direktwirkung des Art.85 stark mildernde Ansicht vertraten Coing-Kronstein-Schlochauer⁴⁾ und Steindorff.⁵⁾ Sie erklärten das Verbot des Art.85 Abs.I nur auf solche Kartelle für anwendbar, die mit den im Vertrag niedergelegten öffentlich-rechtlichen Geboten und Verboten unvereinbar wären. Nur die privaten Maßnahmen sollten danach verboten sein, durch welche die allmähliche Beseitigung von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen wieder aufgehoben oder durch welche den Verboten zum Erlass neuer öffentlich-rechtlicher Beschränkungen entgegengewirkt würde. Danach sollten also alle Vereinbarungen, aber auch nur die Vereinbarungen unter das

-
- b) Günther in WuW 1957, S.278; Koch in BB 1959, S.241 f.; Baumbach-Hefermehl, Vorbem. 8 zu Anhang GWB; Obornolte in Europäische Wirtschaft, 1960, S. 93 ff.; Steindorff in Kartelle und Monopole I, S.159; Weyer in WuW 1961, S.480 f.; einschränkend Coing-Kronstein-Schlochauer, Gutachten, und Steindorff in BB 1958, S.89 f.; a.A. Everling in Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Anm.5 zu Art.88, der sich für Ermächtigungstheorie anschliesst.
- c) Plaisant/Lassier, Ententes et Marché Commun, S.28; Reuter in Revue du Marché Commun 1959, S.46 ff.; Rodière in Kartelle und Monopole I, S.271 f.
- d) Franceschelli in Kartelle und Monopole I, S.292; Capatorti in Rivista di Diritto internazionale 1959, S.7 ff.
- e) Das Verhältnis des deutschen Kartellrechts zu den Kartellrechtsvorschriften des Vertrages über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S.23 ff.
- f) in BB 1958, S.93.

Verbot des Art.85 fallen, die Wettbewerbsbeschränkungen zum Inhalt haben, die über die jeweils geltenden öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des zwischenstaatlichen Handels hinausgehen. Nach dieser Ansicht wären diejenigen Absprachen, die vor Inkrafttreten des EWGV abgeschlossen wurden, einstweilen wirksam geblieben und erst allmählich mit dem Abbau der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen verboten und damit unwirksam geworden.

Diese Ansicht scheint schon deshalb mit dem Vertrag unvereinbar, weil sie den Unternehmen, die schon vor Inkrafttreten des Vertrages sich in der erforderlichen Weise durch Absprachen gesichert hatten, eine erheblich bessere Stellung einräumt als den Unternehmen, die sich erst später abgesprochen haben.¹⁾

e) Die Kommission liess diese Frage unentschieden²⁾ mit der Begründung, es komme nicht auf ihre Beantwortung an. Gleichgültig, ob Art.85 eine direkt wirkende Norm oder eine bloße Ermächtigungsnorm sei, so seien doch die Kommission und die Behörden der Mitgliedstaaten verpflichtet, gemäß Art.85 verbotene Wettbewerbsbeschränkungen abzustellen. Die zuständigen Stellen würden jedoch in der Regel die Auflösung des Kartells erst nach ihrer Entscheidung fordern, so dass es nicht darauf ankomme, ob das Kartell bis zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung gültig war. Diese Ansicht verkennt, dass

1) Wenn die Rechtsfolgen eines Rechtsaktes - Verbot und Wichtigkeit - nur in Verbindung mit anderen Normen zu ermitteln sind, so genügt insoweit auch nicht den Anforderungen, die aus rechtsstaatlichen Gründen an einen Rechtsatz zu stellen sind. Im einzelnen Peters in Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 1958, S.126 ff.; Mengler in WZW 1958, S. 463.

Bericht über die Tätigkeit im Jahre 1958, Nr.81; 1959, Nr.115; ihr folgend Thiesing in von der Groeben/Boeckh, Verbm.16 ff. vor Art.85 ff.; von der Groeben in Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 1958, S.47; ders. in Kartelle und Monopole I, S.57; Schumacher in Revue du Marché Commun 1959, S.207.

die Frage, ob Art.85 eine direkt wirkende Norm oder eine bloße Ermächtigungsnorm ist, für die gegenseitigen Beziehungen der Kartellbeteiligten untereinander wesentliche Bedeutung hat. So hängt z.B. die Frage, ob die Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen vor einem nationalen Gericht anklagbar waren, wesentlich davon ab, ob dem Verbot Direktwirkung zukam oder nicht.

Die Kommission räumt deshalb in ihrem 4. Gesamtbericht¹⁾ auch ein, es sei unbedingt notwendig, eine einheitliche Auslegung und Anwendung von Art.85 Abs.1 sicherzustellen.

II. Die Entscheidung des EGH vom 6.4.1962

Der EGH hat in seinem Urteil vom 6.4.1962²⁾ diesen Meinungsstreit im wesentlichen beendet, indem er keiner der beiden Ansichten absolute Geltung zuerkannt hat.

Das Gericht erkennt in der Vorschrift des Art.85 teilweise eine Ermächtigungsnorm, teilweise eine direkt wirkende Verbotsnorm. Es geht zwar grundsätzlich davon aus, dass Art.85 eine direkt wirkende Verbotsnorm enthalte, legt der Vorschrift bis zum Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 jedoch bloßen Ermächtigungscharakter bei.

1. Ermächtigungsnorm bis zum 13.3.1962

Das Gericht führt in seiner Entscheidung vom 6.4.1962 aus, Art.85 habe nicht sofort seine volle Wirksamkeit entfalten können. Denn Art.85 habe eine Entscheidung der Behörde der Mitgliedsstaaten über die Zulässigkeit von Kartellen nur für den Fall vor, dass ihnen ein Kartell nach dem geltenden innerstaatlichen Recht zur Genehmigung vorgelegt werde.

1) Bericht über ihre Tätigkeit im Jahre 1960, Nr.50.

2) aaO.

Art.89 gebe der Kommission lediglich eine Aufsichtsbezugnis ohne die Zuständigkeit für die Abgabe von Erklärungen nach Art.85 Abs.III; schliesslich sei auch keine Übergangsregelung für die bei Inkrafttreten des Vertrages bereits bestehenden Kartelle vorgesehen gewesen.

b) Weiter heisst es in dem Urteil, die Verfasser der VO Nr. 17 seien offensichtlich von dem gleichen Standpunkt ausgegangen, dass Art.85 nicht vom Inkrafttreten des Vertrages an seine volle Wirksamkeit entfalten konnte. Aus Art.6 Abs. II in Verbindung mit Art.5 Abs.I VO Nr.17 ergibt sich nämlich, dass die Kommission für die bei Inkrafttreten bereits bestehenden Kartelle Erklärungen nach Art.85 Abs.III abgeben kann, denen sie über den Zeitpunkt der Anmeldung des Kartells hinaus rückwirkende Kraft zu verleihen befugt ist. Das Gericht folgert daraus, dass die Verfasser der Verordnung gleichfalls angenommen haben, dass bei Inkrafttreten der Verordnung Kartelle im Sinne von Art.85 Abs.I bestehen würden, über die noch keine Entscheidung im Sinne von Abs. III habe ergehen können, ohne dass sie deswegen nichtig wären

Ob man diese Ansicht den Verfassern der Verordnung unterstellen darf, erscheint fraglich. Denn nach dem Wortlaut der Verordnung ist - jedenfalls bei den in Art.4 Abs.I VO Nr. 17 genannten Kartellen - eine Erklärung nach Art.85 Abs.III mit rückwirkender Kraft über den Zeitpunkt der Anmeldung des Kartells hinaus von der Anmeldung bei der Kommission abhängig.¹⁾ Melden die beteiligten Unternehmen ihr Kartell nicht an, so gehen sie der Rechtswohltat des Art.6 Abs.II VO Nr. 17 verlustig. Nach dem Wortlaut der Verordnung würde dann der in Art.1 VO Nr.17 verankerte Grundsatz Anwendung finden, wonach Vereinbarungen der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art verboten sind, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung einer Behörde bedarf.

1) Art.5 Abs.I VO Nr.17.

c) Weiter heisst es aber in der Entscheidung, die Auslegung, Art.85 sei seit Inkrafttreten des Vertrages eine direkt wirkende Norm gewesen, würde zu der unerträglichen Konsequenz führen, dass diese Kartelle zunächst mehrere Jahre lang nichtig gewesen wären, ohne dass irgendeine Behörde dies jemals festgestellt hätte, und dass diese Nichtigkeit nachträglich rückwirkend wieder beseitigt würde. Überhaupt würde es dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit - einer bei der Vertragsanwendung zu beachtenden Rechtsnorm - widersprechen, bestimmte Vereinbarungen der Nichtigkeit zu unterwerfen, bevor es noch möglich gewesen wäre zu entscheiden, auf welche Vereinbarungen Art.85 in seiner Gesamtheit anwendbar sei.¹⁾

Diese Begründung verdient Zustimmung. Denn es wäre in der Tat ein wenig zufriedenstellendes Ergebnis, wenn dem Verbot des Art.85 Abs.I seit Inkrafttreten des Vertrages Direktwirkung zugekommen wäre. Dann hätten nämlich nur in einigen Mitgliedstaaten Zuwiderhandlungen gegen Art.85 Abs.I festgestellt und Erklärungen gemäß Art.85 Abs.III abgegeben werden können, nämlich in der Bundesrepublik Deutschland, in Frankreich, in den Niederlanden und in Belgien erst seit dem 1. Juli 1960.²⁾ Dadurch dass die Entscheidung Altkartelle bis zum Inkrafttreten der Verordnung Nr.17 von der Direktwirkung des Kartellverbots ausnimmt, bringt sie Klarheit für die Vergangenheit und damit Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen. Die Entwicklung der Gemeinschaft erfordert die Initiative und Risikobereitschaft der beteiligten Unternehmen, die durch Rechtsunsicherheit nur gefährdet werden würden. Für die Zeit vor dem Inkrafttreten der VO Nr.16 sind demnach nur diejenigen Vereinbarungen und Beschlüsse als verboten und nichtig anzusehen, bezüglich derer entweder die nationalen Behörden auf Grund von Art.88 entschieden hatten, dass sie

) aaO.

) In diesem Zeitpunkt trat das belgische Gesetz zum Schutz gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung in Kraft, in WuW 1960, S.704.

unter Art.85 Abs.I fallen und keiner Ausnahme vom Verbot im Sinne von Art.85 Abs.III fähig sind, oder bezüglich derer die Kommission eine Feststellung gemäß Art.89 Abs.II getroffen hat.¹⁾

2. Direkt wirkende Norm seit dem 13.3.1962

Seit Inkrafttreten der VO Nr.17 gilt Art.85 grundsätzlich direkt, wie es Art. 1 VO Nr. 17 erklärt; danach sind Vereinbarungen und Beschlüsse der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art verboten, "ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf."²⁾

Der EGH spricht sich im Rahmen seiner Entscheidung vom 6.4.1962 zwar nicht ausdrücklich darüber aus, ob Art.85 ein grundsätzlich direkt wirkendes Verbot enthält. Er erwähnt den Art. 1 VO Nr. 17 nicht einmal.

Jedoch muss aus dem Zusammenhang der Entscheidung entnommen werden, dass das Gericht dieser Ansicht ist. Denn es heisst in der Entscheidung:

"... Indessen sind Art.88 und 89 nicht geeignet, die vollständige Anwendung von Art.85 zu gewährleisten, dergestalt, dass ihr bloßes Vorhandensein den Schluss gestatten würde, Art.85 habe bereits vom Inkrafttreten des Vertrages an seine volle Wirksamkeit entfaltet und es sei insbesondere die Nichtigkeit nach seinem Abs.II in allen den von der Begriffsbestimmung des Abs.I umfassten Fällen eingetreten ..."³⁾

Wenn also der EGH der Ansicht ist, dass Art.85 nur für die Anfangszeit noch nicht seine volle Wirksamkeit entfalten konnte, so muss daraus entnommen werden, dass er grundsätzlich dem Art.85 Direktwirkung beimisst, nämlich von dem Zeitpunkt an, in dem Art.85 seine volle Wirksamkeit entfalten konnte.

1) EGH, Urteil vom 6.4.1962 aaO.

2) Welche Bedeutung dabei dem Art.85 Abs.III zukommt, s. unter C.

3) aaO.

Darüber hinaus ist kaum anzunehmen, dass der ECH die Vereinbarkeit des Art.1 VO Nr.17 mit dem Vertrag verneinen wird, da Art.85 Abs.I im Grund kein anderes als das Verbotprinzip zulässt. Das ergibt sich zunächst einmal aus dem Wortlaut der Vorschrift selbst. Art.85 bestimmt ausdrücklich, dass unter Abs.I fallende Verträge verboten sind und dieses Verbot nur unter den Voraussetzungen des Abs.III für nicht anwendbar erklärt werden kann. Der insoweit klare Wortlaut lässt es nicht zu, diese Vorschrift nur als Ermächtigung für die zuständige Behörde anzusehen, Absprachen zu verbieten.

Der Wortlaut von Art.85 Abs.I ist auch nicht so unklar, dass man von den Unternehmen nicht verlangen könnte, dass sie sich ohne weiteres danach richten. Die Vorschrift ist nicht unklarer oder weiter gefasst als die Kartellverbote anderer Staaten. Auch § 1 GWB und Art.59 bis der französischen Preisverordnung umfasst eine Vielzahl von wettbewerbsbeschränkenden Sachverhalten.

Dusserdem spricht für die unmittelbare Wirkung des Art.85 dessen Sinn und Zweck im Rahmen des gesamten Vertragswerkes. Das Kartellverbot soll verhindern, dass die allmählich aufgebauten Zölle, mengenmäßigen Beschränkungen und anderen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs durch private Maßnahmen durch Unternehmen ersetzt werden. Wettbewerbsbeschränkungen sind wirksam nur mit einem klaren Verbot zu bekämpfen, das jedem Normadressaten sagt, was rechtens sein soll und das als Anknüpfungspunkt für weitere Rechtsfolgen wie zivilrechtliche Minderungsansprüche, öffentlich-rechtliche Meldepflichten und Bußgeldansprüche dient.¹⁾

Nach alledem ergibt sich, dass Art.85 grundsätzlich ein direkt wirkendes Verbot enthält.

¹⁾ Günther in Kartelle und Monopole II, S. 576.

C. Erlaubnisvorbehalt oder Legalausnahme

I. Fragestellung

Denn festgestellt werden konnte, dass Art.85 grundsätzlich eine direkt wirkende Norm darstellt, so ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, ob auch alle Kartelle der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art nichtig sind. Art.1 VO Nr.17 regelt diese Frage nicht; diese Vorschrift bestimmt lediglich, dass Vereinbarungen und Beschlüsse der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art verboten sind, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

Verbotene Kartelle sind zwar nichtig; nach der Aussage des Art.85 Abs.II sind jedoch nur "die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse" nichtig. Art.85 Abs.III bestimmt aber, dass das grundsätzliche Verbot "des Absatzes I für nicht anwendbar erklärt werden" kann.

Art.85 Abs.I steht also unter dem Vorbehalt des Abs.III.

1. Es erhebt sich deshalb die Frage, welcher Rechtscharakter dem Art.85 Abs.III zukommt,

- ob Art.85 Abs.III einen Erlaubnisvorbehalt mit der Möglichkeit enthält, bestimmte Kartelle nur auf Antrag von dem generellen Verbot in Art.85 Abs.I konstitutiv durch ausdrückliche behördliche Nichtanwendbarkeitserklärung auszunehmen
oder
- ob Art.85 Abs.III eine Legalausnahme von dem generellen Verbot des Art.85 Abs.I schafft mit dem Inhalt, dass bestimmte Kartelle von Anfang an zulässig sind und die behördliche Nichtanwendbarkeitserklärung lediglich deklaratorischen Charakter hat.

Soweit dem Art.85 der Charakter einer Ermächtigungsnorm zukommt, also bis zum Inkrafttreten der Verordnung Nr.17 stellt sich dieses Problem nicht. Denn wenn die Anwendung von Art.85 überhaupt erst von der Entscheidung durch eine Behörde abhängt, wie beim Ermächtigungsprinzip, so ist ein Kartell

der in Art.85 Abs.I genannten Art ohnehin bis zu dieser Entscheidung zulässig und zivilrechtlich wirksam, so dass das Problem, ob die Erklärung nach Art.85 Abs.III deklaratorischen oder konstitutiven Charakter hat, gar nicht aufkommen kann.

Soweit dem Art.85 jedoch Direktwirkung zukommt, also vom Inkrafttreten der Verordnung Nr.17 an, ist diese Frage von erheblicher Bedeutung; denn ist in in Art.85 Abs.III ein Erlaubnisvorbehalt zu sehen, so sind Kartelle der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art solange verboten und gemäß Art.85 Abs.II nichtig, als sie nicht durch konstitutiven Akt einer Behörde von dem Verbot gemäß Art.85 Abs.III befreit worden sind. Enthält Art.85 Abs.III jedoch eine Legalausnahme, so sind Kartelle der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art vom Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung an als zulässig und zivilrechtlich wirksam anzusehen, soweit sie die Voraussetzungen des Art.85 Abs.III erfüllen: die Nichtanwendbarkeitserklärung der Behörde hätte dann nur deklaratorische Bedeutung; Kartelle wären demnach nur dann verboten, wenn sie den Voraussetzungen von Art.85 Abs.III nicht entsprechen; erfüllen sie die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III, so wären sie zulässig.

1. Aus dem Wortlaut des Art.85 Abs.III selbst ist nicht zu entnehmen, welcher der beiden Ansichten der Vertrag folgt. Beide Auffassungen sind mit dem Wortlaut der Vorschrift vereinbar. Auch aus Art.87 Abs.II, b ist nicht zu entnehmen, ob Art.85 Abs.III einen Erlaubnisvorbehalt oder eine Legalausnahme beinhaltet; die Vorschrift lässt diese Frage offen und sieht lediglich vor, dass die Einzelheiten der Anwendung des Art.85 Abs.III durch Verordnung oder Richtlinie festzulegen sind.

II. Die Ausnahmesysteme nach den Kartellgesetzen der Bundesrepublik Deutschland und Frankreichs

In den beiden Mitgliedstaaten, in denen ein grundsätzliches Verbot von Kartellen besteht, nämlich in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich, wird das Ausnahmesystem unterschiedlich gehandhabt.¹⁾

Während ein Kartell der in § 1 GWB bezeichneten Art solange unwirksam und ordnungswidrig ist, bis die Anmeldung beim zuständigen Kartellamt vorgenommen oder auf Antrag der beteiligten Unternehmen eine Erlaubnis von der zuständigen Kartellbehörde erteilt worden ist, steht das Verbot des Art. 59 bis der VO Nr. 45-1483 unter dem gleichzeitigen Vorbehalt von Art. 59 ter.²⁾ Das Verbot und dessen Ausnahme wird als eine Einheit angesehen. Die Commission Technique des Ententes nimmt lediglich auf Grund einer Beschwerde oder von Amts wegen eine Untersuchung vor; sie wägt in ihren "avis" a posteriori den wettbewerbsbeschränkenden Teil einer Vereinbarung gegenüber den positiven Wirkungen gemäß Art. 59 ter ab, die diese Vereinbarung aufweist.³⁾ Durch einen Vergleich zwischen den negativen und positiven Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung stellt die Commission fest, ob sie als verboten anzusehen ist oder nicht. Sie stellt den wirtschaftlichen Zustand, der durch die Beschränkung des Wettbewerbs entstanden ist, dem Zustand gegenüber, der bestehen würde, wenn die Vereinbarung nicht getroffen worden wäre und zieht eine echte wirtschaftliche Bilanz zwischen Anfangszustand und Enderfolg.⁴⁾ Nur die "mauvaises ententes" sind verboten. Das Gesetz ist damit nicht so sehr eine absolute Verurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen, sondern mehr ein

1) s.S. 44 ff.

2) s. dazu Text S. 44.

3) Die Avis der Commission für die Jahre 1954-1959 sind veröffentlicht im Journal Officiel (Editions des Documents Administratifs) vom 14.1.1960, 4.6.1960 und 15.6.1961.

4) So z.B. avis vom 24.9.1955 in J.O. (Ed.Doc.Adm.) v. 14.1.1960, S.9; avis vom 21.11.1958 in J.O. (Ed.Doc.Adm.) v. 4.6.1960, S.18; avis vom 26.5.1956 in J.O. (Ed.Doc.Adm.) v. 14.1.1960, S.22; vgl. auch Plaisant/Lassier in WuW 1960, S.432 f.

Instrument, die französische Wirtschaft an das Konzept des Wettbewerbs zu akklimatisieren, ein Konzept, welches - wie die Commission Technique des Ententes in ihren Berichten an den Wirtschaftsminister ausführt - noch in weiten Kreisen der französischen Wirtschaft auf Ablehnung stösst.¹⁾

III. Auslegungstreit bei der Abfassung der Verordnung Nr. 17 zwischen den Organen der Gemeinschaft

Im Verlauf der Verhandlungen über den Entwurf zur Verordnung Nr. 17 ist im Wirtschafts- und Sozialausschuss, im Europäischen Parlament und im Ministerrat heftig über die Frage gestritten worden, welchem System bei der Anwendung von Art. 85 Abs.III der Vorzug zu geben sei.²⁾ Den Sieg hat weder das System des Erlaubnisvorbehalts noch das der Legalausnahme voll davongetragen. Es ist vielmehr ein Mischsystem entstanden. .

1. Vorschlag der Kommission

Der erste Vorschlag der Kommission zu einer Durchführungsverordnung zu den Art.85 und 86 vom 28.10.1960³⁾ ging davon aus, dass Art.85 als ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt anzusehen sei. So heisst es in Art.1 Abs.II des Entwurfs:

"Die Kommission kann die Bestimmungen des Art.85 Abs.I gemäß Art.85 Abs.III des Vertrages nur auf Antrag und mit Wirkung von dem Zeitpunkt der Entscheidung an für nicht anwendbar erklären".⁴⁾

1) J.O. (Ed.Doc.Adm.) v. 14.1.1960, S.2 ff. und v. 15.6.1961, S.4; vgl. auch Plaisant/Lassier aaO.

2) Deringer in WuW 1962, S.86.

3) Dok.IV Kom (60) 158 endg.; abgedr. in WuW 1960, S. 856 ff.

4) aaO. Praktisch sah der Entwurf allerdings eine erhebliche Durchlöcherung des Verbots mit dem Vorbehalt einer ausdrücklichen Erlaubnis vor, und zwar bei Neukartellen eine einstweilige Wirksamkeit, wenn die Kommission nicht binnen 6 Monaten

2. Behandlung im Wirtschafts- und Sozialausschuss

Schon im Wirtschafts- und Sozialausschuss jedoch stiessen die Meinungen über den Charakter des Art.85 Abs.III hart aufeinander. Wie Weyer¹⁾ berichtet, sprachen sich in einer Abstimmung zu dieser Frage 41 Mitglieder des Ausschusses für und 41 Mitglieder gegen die Anzeigepflicht und das Erfordernis eines vorherigen Antrages aus, um Art.85 Abs.III zur Anwendung zu bringen. 10 Mitglieder enthielten sich der Stimme.²⁾

3. Behandlung im Europäischen Parlament

Weiter wurde über die Frage des Rechtscharakters des Art.85 Abs.III im Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments gestritten, in dem sich zwar die Mehrheit der Abgeordneten für die Auslegung des Art.85 Abs.III als Erlaubnisvorbehalt aussprach, eine Minderheit die Vorschrift jedoch als Legal Ausnahme ansah. Die einen sahen in der Vorschrift eine Parallele zu Art.85 § 2 EGRSV, der einen Erlaubnisvorbehalt enthält; sie wiesen auch auf den Wortlaut, wonach es nicht heisst "... sind nicht anwendbar ...", sondern "... können für nicht anwendbar erklärt werden ...". Die anderen sahen in Art.85 Abs.III eine Parallele zu dem schon erwähnten Art.59ter der französischen Preisverordnung Nr.46-1483.³⁾ Der Ausschuss arbeitete deshalb einen Kompromissvorschlag aus, nach dem Art.1 Abs.II des ursprünglichen Entwurfs gestrichen wurde und durch Art.13 ersetzt wurde, dieser lautete:

Fortsetzung von Seite 59

nach Eingang des Antrages schriftlich Widerspruch erhoben hat (Art.4 Abs.I des Entwurfs) und bei Aiskartellen, soweit diese bei der Kommission angemeldet worden sind, überhaupt eine Aufschiebung des Verbots (Art.6 i.Verb.m. Art.5 d.S.).

1) Weyer in DB 1962, S.293 Anm. 2.

2) Das Dokument des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Verordnungsentwurf vom 28.3.1961 CES 45, 61 enthält nichts zu dieser Frage.

3) Deringer-Bericht, S.15.

4) aaO; s.S. 44.

"Die Kommission kann auf Antrag die Bestimmungen des Art.85 Abs.I gemäß Art.85 Abs.III des Vertrages mit Wirkung von dem Zeitpunkt an für nicht anwendbar erklären, den sie in ihrer Entscheidung bestimmt, jedoch frühestens mit Wirkung von Zeitpunkt der Antragstellung an". 1)

Diese Regelung, die von Europäischem Parlament in seiner Sitzung vom 19.10.1961 angenommen²⁾ und ebenfalls in den abgeänderten Vorschlag der Kommission vom 27.10.1961 in Art.2B³⁾ aufgenommen wurde, geht zwar grundsätzlich noch davon aus, dass Art.85 Abs.III einen präventiven Gehalt mit Antragserfordernis zum Inhalt hat. Jedoch sollte die Kommission diese Untertwerfbarkeit nicht als bloß-
wärtiger Kraft der Kommission der Kommission und abgelehnt werden, wenn die Voraussetzungen des Art.8 Abs.III in diesem Zeitpunkt vorliegen haben. Diese Änderungen würde das zunächst vorzuziehende Prinzip der Ex-ante-Verhaltens bereits erheblich durchlöchert.

4. Behandlung im Ministerrat

Im Ministerrat war jedoch noch für diese Fassung der Antwort keine absolute Mehrheit vorhanden. In einer Nachverhandlungssitzung wurde darauf hin der Kommissionsvorschlag ausgearbeitet⁵⁾. Der zitierte verbesserte Vorschlag der Kommission sollte festlegen, dass Antragserfordernis abgeschafft und stattdessen der in Art.85 Abs.I angelegte Art bei der Kommission auf noch angebracht werden. ⁶⁾ Der Lieferant sollte sich selbst für die Einhaltung

1) Deringer-Bericht, S.38.

2) AB1.1961, S.1411.

3) Dok.IV Kom (61) 157.

4) Dok. R 408/61 (RC 16).

5) Dok. R 532/61 (RC 25).

6) Art. 8 Abs.I des unter dem 2. zitierten Kommissionsvorschlags, S.9 d.Anl.

werden.¹⁾ Die Erklärung über die Nichtanwendbarkeit des Art.85 Abs.I sollte bei den der Meldepflicht unterliegenden Kartellen nicht vor dem Zeitpunkt der Anmeldung erfolgen. Hinsichtlich der der Meldepflicht nicht unterliegenden Kartelle sollte die Kommission in ihrer Entscheidung den Zeitpunkt angeben, zu dem die Voraussetzungen des Art. 85 Abs.III erfüllt waren.²⁾

Auch dieser Vorschlag fand jedoch im Ministerrat zunächst keine absolute Mehrheit.³⁾ Eine Minderheit lehnte auch diesen Vorschlag ab. Sie wandte sich dagegen, dass die für eine grosse Anzahl von Kartellen vorgesehene Anmeldung obligatorischen Charakter haben sollte. Sie war der Ansicht, Art.85 Abs.III fordere nicht, dass dessen Anwendung an die Anmeldung geknüpft sei. Sie beantragte die Errichtung eines Systems, nach dem die Voraussetzungen des Art.85 Abs.III unmittelbar eintreten sollten und eine Anmeldung der Kartelle lediglich auf freiwilliger Basis vorgenommen werden sollte.⁴⁾

Schliesslich wurde dann jedoch auf Antrag dieser Minderheit eine Bestimmung in die Verordnung aufgenommen, wonach die Kommission an Hand von Anzeichen, die die Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes vermuten lassen, zu Untersuchungen in bestimmten Wirtschaftszweigen berechtigt wird.⁵⁾ Erst nach Annahme dieser Bestimmung konnte auch eine Einigung über die Art und Weise der Anwendung von Art.85 Abs.III erzielt werden.⁶⁾

1) Art. A Abs.III des Vorschlags, S.9 d.Anl.; im wesentlichen die nunmehr in Art.4 Abs.II VO Nr.17 genannten Absprachen.

2) Art. B des Vorschlags, S.13 d. Anl.

3) Dok. S/O 6395/61.

4) aaO.

5) jetzt Art.12 VO Nr.17.

6) Dok. 592/61 (RG 30) Korr.

Mit nur geringen Änderungen nahm der Ministerrat in seiner Sitzung vom 19.12.1961 darauf den oben genannten Sachverständigenvorschlag in der nunmehr vorliegenden Form der VO Nr.17 einstimmig an.¹⁾

Allerdings erfolgte diese Annahme zunächst nur unter der Bedingung, dass auch die anderen Voraussetzungen, die zum Übergang in die zweite Phase des Gemeinsamen Marktes zur Bedingung gemacht worden waren, erfüllt wurden (insbesondere die Annahme der Vorschläge über die Errichtung einer gemeinsamen Landwirtschaftspolitik).²⁾

Später wurde diese Bedingung aufgehoben. Die Verordnung wurde aus dem Verhandlungspaket zum Übergang in die 2. Phase herausgenommen und gesondert endgültig am 30.12.1961 angenommen. An diesem Hin und Her zeigt sich, wie stark politische Gesichtspunkte bei der Verabschiedung dieser Verordnung eine Rolle gespielt haben. Sie stellt einen Kompromiss zwischen zwei möglichen Lösungen dar. Die Auslegung der Verordnung wird dieser Tatsache Rechnung tragen müssen.

V. Kompromiss zwischen Erlaubnisvorbehalt und Legalausnahmeprinzip

Die Regelung der VO Nr.17 über die Anwendung von Art.85 Abs.III weicht im Ergebnis erheblich von dem Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ab, wie es die Kommission in ihrem ursprünglichen Vorschlag vom Oktober 1960 vorgesehen hatte. Es ist ein Mischsystem entstanden, das in einem Kompromiss zwischen den beiden Systemen der Legalausnahme und des Erlaubnisvorbehalts besteht. Für die Kartelle der Art.4 Abs.II VO Nr.17 bezeichneten Art und für die an-

¹⁾ Dok. I P (61) 188.

²⁾ Dok. I P (61) 188.

meldepflichtigen Altkartelle, die fristgemäß bei der Kommission angemeldet worden sind, kann praktisch das Prinzip der Legalausnahme zur Anwendung kommen, da die Kommission die Möglichkeit hat, ihre Erklärung über die Nichtanwendbarkeit des Verbots bis auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung zurückwirken zu lassen, soweit die Voraussetzungen des Art.85 Abs.III zu dieser Zeit vorlagen.¹⁾ Für die anmeldepflichtigen Neukartelle, die ordnungsgemäß angemeldet worden sind, kann im Ergebnis das Prinzip der Legalausnahme vom Zeitpunkt der Anmeldung an zur Anwendung gelangen, da die Kommission ihre Erklärung über die Nichtanwendbarkeit des Verbots bis auf diesen Zeitpunkt zurückwirken lassen kann, soweit die Voraussetzungen zu diesem Zeitpunkt vorlagen.²⁾ Jedoch ist für die Anwendbarkeit von Art.85 Abs. II eine ausdrückliche Erklärung der Kommission erforderlich; die Ausnahme vom Verbot wirkt also nicht kraft Gesetzes, sondern lediglich auf Grund der Erklärung der Kommission. Insofern folgt die in der Verordnung getroffene Regelung grundsätzlich dem Prinzip des Erlaubnisvorbehalts, sie enthält jedoch starke Elemente des Prinzips der Legalausnahme. Das Gesagte bedarf näherer Erläuterung.

2.2. Regelung in der Verordnung Nr.17

Sachlich in der Nachprüfung der Entscheidung durch den Rat ist die Kommission ausschliesslich zuständig, Art.85 Abs.II (auch Art.85 Abs.II für nicht anwendbar zu erklären).³⁾ Die VO Nr.17 bestimmt, dass die Kommission den Zeitpunkt festsetzt, von dem an diese Erklärung wirksam wird, und

1) Art.6 Abs.II VO Nr.17.

2) Art.6 Abs.I VO Nr.17.

3) Art.9 Abs.I VO Nr.17.

zwar in folgenden Grenzen:

Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärung nach Art. 85 Abs. III kann bei einzelstaatlichen Kartellen nicht von dem Tag der Anmeldung liegen. Das soll jedoch nicht gelten für Kartelle der in Art. 4 Abs. II VO Nr. 17 genannten Art und für anwesendheitspflichtige Kartelle, die die Kartellregeln der Kommission angeschlossen werden. Es ergibt sich, dass die Kommission für die letztgenannten Kartelle das Wirksamwerden der Erklärung nach Art. 85 Abs. III auch vom Zeitpunkt des Abschlusses des Kartells an bestimmt. Denn ihr sind insoweit keine Grenzen gesetzt, die Erklärung nach Art. 85 Abs. III wirksam werden zu lassen.

Art. 6 VO Nr. 17 bestimmt, dass die Kommission die frühestmögliche Zeitpunkt für das Wirksamwerden der Erklärung nach Art. 85 Abs. III bezeichnet. Mit dieser Regelung ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt,

ob die Kommission bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 85 Abs. III eine Freistellung von dem Verbot erklären muss und das Wirksamwerden der Erklärung muss, wenn die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. III zu diesem Zeitpunkt vorliegen

oder

- ob sie auch bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 85 Abs. III die Abgabe einer Erklärung nach dieser Verordnung kann und das Wirksamwerden der Erklärung nicht auch von einem späteren Zeitpunkt als den frühestmöglichen bestimmen kann, auch wenn die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. III schon vorher

) Art. 6 Abs. I, S. 2 VO Nr. 17.

) Art. 6 Abs. II VO Nr. 17.

vorgelegen haben.

2. Die Rechte und Pflichten der Kommission

a) Die allgemeinen Rechte und Pflichten. Was die Kommission "muss" und "kann", mit anderen Worten, welche Rechte und Pflichten sie hat, ergibt sich aus dem Vertrag. Art. 155 bestimmt, dass die Kommission, um das ordnungsgemäße Funktionieren und die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten, folgende Aufgaben erfüllt:

- für die Anwendung dieses Vertrages sowie der von den Organen auf Grund dieses Vertrages getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen;
- Empfehlungen oder Stellungnahmen auf den in diesem Vertrag bezeichneten Gebieten abzugeben, soweit der Vertrag dies ausdrücklich vorsieht oder soweit sie es für notwendig erachtet;
- nach Maßgabe dieses Vertrages in eigener Zuständigkeit Entscheidungen zu treffen und am Zustandekommen der Handlungen des Rates und der Versammlung mitzuwirken;
- die Befugnisse auszuüben, die ihr der Rat zur Durchführung der ihm erlassenen Vorschriften überträgt.

Die Kommission darf ihre Befugnisse also nur im Rahmen des Vertrages und der von den Organen erlassenen Rechtsvorschriften ausüben. Verletzt sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den Vertrag oder eine seiner Durchführungsvorschriften oder mißbraucht sie ein ihr durch den Vertrag oder durch eine Durchführungsvorschrift eingeräumtes Ermessen, so handelt sie anfechtbar. Ihre Handlung kann dann durch Klage vor dem EGH für nichtig erklärt werden.¹⁾

b) Die besonderen Rechte und Pflichten bei der Anwendung von Art.85 Abs.III.

Die Rechte und Pflichten der Kommission bei der Anwendung des Art.85 Abs.III ergeben sich aus dieser Vorschrift selbst. Danach "können" die Bestimmungen des Abs.I nicht für anwendbar erklärt werden auf Kartelle, welche die nach die-

1) Art.174 i.Verb.m. 173.

ser Vorschrift genannten Bedingungen erfüllen. Die Wendung "können" bringt zum Ausdruck, dass es im Ermessen der Kommission stehen soll, zu bestimmen, ob Art.85 Abs.I für nicht anwendbar erklärt werden soll.

Es lassen sich Handlungsermessen und Beurteilungsermessen unterscheiden.¹⁾ Unter Handlungsermessen ist die Befugnis einer Behörde zu verstehen, einen bestimmten Lebenssachverhalt, der unter einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren ist, je nach dem in der einen oder anderen Weise zu regeln. Das Beurteilungsermessen dagegen ist die Befugnis einer Behörde, zu beurteilen, ob ein bestimmter Sachverhalt noch unter einen gesetzlichen Tatbestand fällt, der eine unbestimmte Vielzahl von Lebenssituationen regelt.

3. Das Ermessen der Kommission bei der Anwendung von Art.85 Abs.III

Fraglich ist, welches von diesen beiden Ermessensbefugnissen Art.85 Abs.III der Kommission einräumt,

1) Jellinek, Verwaltungsrecht, 3.Aufl.1931, S.30 ff. Das neuere Schrifttum und die Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland nehmen allerdings das Beurteilungsermessen aus dem allgemeinen Ermessenbegriff heraus. Soweit ein Ermessen nur im Rahmen unbestimmter Gesetzesbegriffe ausgeübt werden kann, spricht man von Gesetzesanwendung; diese ist ein Subsumtionsvorgang im Rahmen des durch Gesetz offen gelassenen Beurteilungsspielraums. So Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8.Aufl.1961, S.75; H.-J. Wolff, Verwaltungsrecht, 4.Aufl.1961, S.142; Loening in DVBl 1952, S.235 ff.; BVerwGE Bd.2, S.213. Das französische Recht macht diese Unterscheidung nicht; Waline, Droit Administratif, 7.Aufl.1957, No.681; Vedel, Droit Administratif I, 1953, S.18 f. Der Generalanwalt Lagrange entnimmt den Ermessenbegriff für das Recht der EGKS offensichtlich dem französischen Recht, denn er sagt, Ermessen setze voraus, dass einer Behörde Befugnisse zustehen, "deren Ausübung in ihr Ermessen gestellt sind, zum mindesten innerhalb bestimmter Grenzen" (Rechtsprechung Bd.II, S.256). Der Generalanwalt Roemer versucht anscheinend mit dem Begriff der objektiven Ermessensüberschreitung der Lehre von den unbestimmten Gesetzesbegriffen in das Gemeinschaftsrecht Eingang zu verschaffen (Rechtsprechung Bd.V, S.149).

- ob also zwei Kartellsachverhalte, für die die Kommission die Bedingungen von Art.85 Abs.III erfüllt hält, verschieden behandelt werden können mit der Folge, dass in dem einen Fall das Verbot des Art.85 Abs.I für nicht anwendbar erklärt werden kann, in dem anderen Fall jedoch eine Nichtanwendbarkeitserklärung verweigert werden kann oder
- ob zwei Kartellsachverhalte zwar verschieden beurteilt werden können mit der Folge, dass für den einen Fall eine Erklärung nach Art.85 Abs.III abgegeben und für den anderen Fall verweigert werden kann, jedoch soweit die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III als vorliegend erachtet werden, gleich behandelt werden müssen mit der Folge, dass in beiden Fällen das Verbot des Art.85 Abs.I für nicht anwendbar erklärt werden muss.

a) Beurteilungsermessen hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen von Art.85 Abs.III.

Art.85 Abs.III macht die Erklärung der Freistellung von dem Verbot des Art.85 Abs.I von einer Reihe von Bedingungen abhängig. Es müssen durch die Wettbewerbsbeschränkungen folgende positiven Wirkungen eintreten:

- Es muss ein Beitrag zur Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts geleistet werden;
- dabei muss eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn gewährleistet sein.

Darüber hinaus müssen zwei negative Voraussetzungen erfüllt sein:

- Es dürfen den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung

der Verbesserungsziele nicht unerlässlich sind, und -- es dürfen keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Das sind Voraussetzungen, die eine im einzelnen ausserordentlich komplexe Vielzahl von wirtschaftlichen Sachverhalten zum Inhalt haben. Sie drücken wirtschaftliche Tatbestände aus mit nicht genau anzugebenden Merkmalen, die erst mit der Zeit durch eine Seruexpaxis der Kommission zu Begriffen mit im einzelnen bestimmtem Umfang werden können. Sie sind jedoch andererseits auch nicht so unbestimmt, dass ihnen nicht ein nach durchschnittlicher wirtschaftlicher und technischer Anschauung hinreichend bestimmbarer Rechtsgehalt und damit ein dem Willen der Vertragspartner entsprechender Inhalt entnommen werden konnte. Was ein "angemessener Vorteil", eine "Verbesserung der Warenverteilung" oder eine "Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts" ist, ist nach durchschnittlicher sozialer, wirtschaftlicher und technischer Anschauung hinreichend bestimmbar.

Diese Voraussetzungen lassen der Kommission jedoch ein sehr weites Beurteilungsermessen. Denn Art. 35 Abs. III räumt innerhalb des in den Begriffen umrissenen Tatsachenbereichs der Kommission die Möglichkeit ein zu erklären, ob ein bestimmter Sachverhalt noch das Erfordernis der "Verbesserung der Warenverteilung" oder der "Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts" erfüllt oder nicht. Inwiefern kann also die Kommission erklären, dass von zwei verschiedenen Sachverhalten der eine Sachverhalt die Voraussetzungen des Art. 35 Abs. III erfüllt, der andere Sachverhalt jedoch nicht. Die Kommission kann nach alledem von zwei verschiedenen Sachverhalten, von denen der eine die Voraussetzungen von Art. 35 Abs. III erfüllt, der andere aber nicht, für den einen Art. 35 Abs. I für nicht anwendbar erklären, für den anderen

jedoch eine Erklärung nach Art.85 Abs.III verweigern.

Die Kommission ist jedoch hinsichtlich des in den Begriffen angegebenen Tatsachenbereichs gebunden. Eine Erklärung nach Art.85 Abs.III kann sie dann nicht abgeben, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfüllt sind.

b) Kein Handlungsermessen hinsichtlich der Anwendung von Art.85 Abs.III.

Fraglich ist, ob Art.85 Abs.III der Kommission auch ein Handlungsermessen einräumt in der Weise, dass sie auf solche Kartelle, für welche sie die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III als erfüllt hält, in dem einen Falle das Verbot für nicht anwendbar erklären, in dem anderen Falle jedoch eine derartige Erklärung verweigern kann. Einer solchen Befugnis der Kommission stehen erhebliche Bedenken entgegen.

Die Kommission kann ihre Befugnisse lediglich im Rahmen des Vertrages ausüben. Sie ist insbesondere an die in Art.2 verankerten Ziele der Gemeinschaft gebunden.¹⁾ Danach soll durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine grössere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten gefördert werden. Grundsätzlich soll zwar dieses Ziel mit dem Mittel des Wettbewerbs angestrebt werden; denn der Wettbewerb zwischen den einzelnen Wirtschaftseinheiten innerhalb des Gemeinsamen

1) Nur im Rahmen dieser Ziele kann die Kommission ihr Ermessen ausüben, vgl. dazu Bebr, Judicial Control of the European Communities, 1962, S.94 f.

Marktes garantiert am ehesten die Förderung der in Art.2 genannten Integrationsziele; eine vollständige Ausschaltung des Wettbewerbs kann deshalb in keinem Falle zugelassen werden.¹⁾ Jedoch will der Vertrag nicht Wettbewerb um jeden Preis. Wettbewerb zwischen den einzelnen Wirtschaftseinheiten innerhalb des Gemeinsamen Marktes ist nur das vornehmlichste Mittel zur Förderung der in Art.2 genannten Ziele. Kartelle, die eine Verbesserung der Waren-erzeugung oder -verteilung bewirken oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen und darüber hinaus die Verbraucher an dem dadurch entstehenden Gewinn beteiligen, tragen zu einer ausgewogenen Wirtschaftsausweitung innerhalb der Gemeinschaft bei. Es sind nützliche Kartelle, die für die Gemeinschaft insgesamt einen wirtschaftlichen Verbesserungseffekt aufweisen und darüber hinaus dem einzelnen Verbraucher einen Anteil an dem dadurch entstehenden Gewinn garantieren. Insoweit präzisiert Art.85 Abs.III lediglich die Zielsetzung des Vertrages. Die Kommission ist an die Förderung dieser Ziele gebunden.

Eine Entscheidungsfreiheit der Kommission in dem Sinne, dass diese die Abgabe einer Erklärung nach Art.85 Abs.III für Kartelle verweigern kann, welche die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllen, statuiert der Vertrag demnach nicht. Würde sie für ein Kartell, das die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III - einschliesslich der negativen Voraussetzungen - erfüllt, die Abgabe einer Nichtanwendbarkeits-erklärung verweigern, so würde sie ihr Ermessen mißbrauchen. Soweit also die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III vorliegen, muss die Kommission das Verbot für nicht anwendbar erklären.^{2) 3)}

1) Art.85 Abs.III,b.

2) Ob damit auch ein subjektives Recht der einzelnen Unternehmen auf Abgabe einer Nichtanwendbarkeitserklärung nach Art.85 Abs.III begründet ist, erscheint allerdings fraglich. Art.85 Abs.III dient den in Art.2 genannten Zielen, nicht aber dem Schutz der Unternehmen.

3) Kleemann, Die Wettbewerbsregeln der EWG, 1962, S.49, 99.

Während nach alledem der Kommission hinsichtlich der Nichtanwendbarkeitserklärung allgemein ein Handlungsermessen nicht zusteht, bleibt noch fraglich, ob ihr ein solches Ermessen wenigstens bei der Bezeichnung des Zeitpunktes bleibt, in dem die Erklärung nach Art.85 Abs.III wirksam werden soll.

c) Handlungsermessen hinsichtlich der Bestimmung des Zeitpunktes, in dem die Freistellungserklärung wirksam werden soll.

Es ist die Frage, ob die Kommission den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärung nach Art.85 Abs.III auf den Tag bestimmen muss, in dem die Voraussetzungen von Art.85 Abs. III vorliegen oder ob sie, auch wenn sie die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III grundsätzlich für erfüllt hält, nach freiem Ermessen

- für die eine Vereinbarung den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Freistellungserklärung auf den Tag des Abschlusses der Vereinbarung,
- für eine andere Vereinbarung jedoch den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Freistellungserklärung auf den Tag der Erklärung bestimmen kann, und
- für eine noch andere Vereinbarung den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Freistellungserklärung von einem Tag an bestimmen kann, der zwischen den beiden genannten Terminen liegt.

Die Verordnung Nr.17 sagt darüber nichts aus; sie bestimmt lediglich, welchen Termin die Kommission als frühesten Zeitpunkt für das Wirksamwerden der Erklärung nach Art.85 Abs.III bezeichnen kann.¹⁾ Sie darf also die Erklärung nach Art.85 Abs.III für ein anmeldepflichtiges Neukartell nicht vor dem Zeitpunkt der Anmeldung wirksam werden lassen. Innerhalb dieser Grenzen gibt ihr Art.95 Abs.III ein Handlungsermessen. Sie kann also für bestimmte unter Art.85 Abs.III subsumierbare Sachverhalte den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Freistellungserklärung für nichtanmeldepflichtige Kar-

1) Art.6 VO Nr. 17

telle sowie anmeldepflichtige Altkartelle, die fristgemäß angemeldet worden sind, bis auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und für anmeldepflichtige Neukartelle bis auf den Zeitpunkt der Anmeldung zurückwirken lassen, sie kann den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärung jedoch auch erst vom Entscheidungstermin an bestimmen. Die Kommission kann also den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Freistellung für Konditionenkartelle z.B. vom Zeitpunkt der Anmeldung an, für Rationalisierungskartelle jedoch erst vom Zeitpunkt der Nichtanwendbarkeitserklärung an wirksam werden lassen. Dabei wird die Kommission jedoch bei gleichen Sachverhalten (wie etwa bei Konditionenkartellen) denselben Zeitpunkt bestimmen müssen. Das gebietet der im öffentlichen Recht allgemein anerkannte Satz der Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte.¹⁾ Diesem Grundsatz sind auch die Organe der Gemeinschaft unterworfen; er ist ein fundamentaler Grundsatz, der sich aus der Anwendung des Prinzips der Gerechtigkeit ergibt und kann daher von keinem Rechtsgenossen ernsthaft angezweifelt werden.²⁾ Der Grundsatz der Gleichbehandlung hat denn auch im Art.7 deutlich Ausdruck gefunden, wonach jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist.

Darüber hinaus fordert das Prinzip der Rechtssicherheit die Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte bei der Anwendung von Art.85 Abs.III. Die betroffenen Unternehmen müssen sich auf eine kontinuierliche Spruchpraxis der Kommission verlassen können; denn nur durch Rechtssicherheit werden die Initiative und Risikobereitschaft der Unternehmen der Gemeinschaft und damit die in Art.2 verankerten Vertragsziele gefördert werden können.

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, 4.Aufl. 1961, S. 172 ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8.Aufl. 1961, S.67.

2) Wolff, aaO; Forsthoff, aaO.

V. Ergebnis

1. Es ergibt sich aus alledem, dass die Kommission eine Erklärung nach Art.85 Abs.III abgeben muss, soweit die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen, und dieser Erklärung auch für den frühestmöglichen Zeitpunkt Wirksamkeit verleihen kann.

Dennach kann im Ergebnis das Prinzip der Legalausnahme für anmeldepflichtige Neukartelle vom Zeitpunkt der Anmeldung an und für nicht anmeldepflichtige Kartelle sowie anmeldepflichtige Altkartelle, die fristgemäß angemeldet worden sind, vom Zeitpunkt ihres Abschlusses an zur Anwendung gelangen. Denn wenn die Kommission ihre Erklärung nach Art.85 Abs.III im Zeitpunkt des frühestmöglichen Termins wirksam werden lassen kann, so kommt ihrer Erklärung im Ergebnis deklaratorische Bedeutung zu.

Diese Auslegung entspricht auch am meisten dem vermutlichen Willen der Vertragspartner und Verfasser der Verordnung.

Denn offensichtlich ist bei den Beratungen der VO Nr.17 im Ministerrat eine nicht unbedeutende Minderheit davon ausgegangen, dass Art.85 Abs.III eine Legalausnahme enthalte; diese Minderheit fand sich erst in dem Zeitpunkt zur Annahme der Verordnung bereit, als das Prinzip der Legalausnahme bei einer grossen Zahl von Kartellen von Anfang an und bei den übrigen Kartellen vom Zeitpunkt der Anmeldung an im Ergebnis gesichert war.

2. Nach alledem kann für die einzelnen Fallgruppen festgestellt werden:

1. Anmeldepflichtige Neukartelle sind bis zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung verboten.
2. Anmeldepflichtige Neukartelle, die ordnungsgemäß

angemeldet worden sind, befinden sich in einem Schwebezustand; denn erfüllen sie die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III, so kann die Kommission von dem Zeitpunkt der Anmeldung an das Verbot für nicht anwendbar erklären. Gibt die Kommission keine Freistellungserklärung ab, weil es an den Voraussetzungen von Art.85 Abs.III fehlt, so ist das Kartell von Anfang an verboten.

3. Nicht anmeldepflichtige Neukartelle befinden sich in einem Schwebezustand; denn erfüllen sie die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III, so kann die Kommission von dem Zeitpunkt des Kartellabschlusses an das Verbot für nicht anwendbar erklären. Gibt die Kommission keine Freistellungserklärung ab, weil es an den Voraussetzungen von Art.85 Abs.III fehlt, so ist das Kartell von Anfang an verboten.
4. Anmeldepflichtige Altkartelle mit mehr als zwei beteiligten Unternehmen, die nicht bis zum 1.11.1962 angemeldet worden sind, sind verboten.
5. Anmeldepflichtige Altkartelle mit nur zwei beteiligten Unternehmen, die nicht bis zum 1.2.1963 angemeldet worden sind, sind verboten.
6. Anmeldepflichtige Altkartelle mit mehr als zwei beteiligten Unternehmen, die bis zum 1.11.1962 angemeldet worden sind, befinden sich in einem Schwebezustand. Denn erfüllen sie die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III, so kann die Kommission vom Zeitpunkt des Kartellabschlusses an das Verbot für nicht anwendbar erklären.
7. Anmeldepflichtige Altkartelle mit nur zwei beteiligten Unternehmen, die bis zum 1.2.1963 angemeldet worden sind, befinden sich in einem Schwebezustand. Denn erfüllen sie die Voraussetzungen von

Art.85 Abs.III, so kann die Kommission vom Kartellabschluss an das Verbot für nicht anwendbar erklären.

8. Nicht anmeldepflichtige Altkartelle befinden sich in einem Schwebezustand; denn erfüllen sie die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III, so kann die Kommission von dem Zeitpunkt des Kartellabschlusses an das Verbot für nicht anwendbar erklären.

Die in Ziff. 6, 7 und 8 genannten Kartelle wären vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der VO Nr.17 an verboten, wenn die Kommission keine Freistellungserklärung abgibt, weil es an den Voraussetzungen von Art.85 Abs.III fehlt. Für diese Fälle regelt aber die VO Nr.17 in ihrem Art.7 ein besonderes Übergangssystem, auf Grund dessen die Kommission einen Zeitraum festsetzt, für den das Verbot gilt.

D. Modifizierung des Verbots für fristgemäß angemeldete Kartelle

I. Die Regelung in Art.7 VO Nr.17

Art.7 VO Nr.17 gibt der Kommission das Recht, unter bestimmten Bedingungen auch für solche Kartelle, für die eine Erklärung nach Art.85 Abs.III nicht abgegeben werden kann, den Verbotszeitraum abweichend von der Regel nach eigenem Ermessen festzusetzen.¹⁾ Die an dem Altkartell beteiligten Unternehmen müssen lediglich folgende Bedingungen erfüllen:

1. Sie müssen bei der Kommission angemeldet werden und

~~oder~~

- bis zum 1.11.1962, wenn es sich um Altkartelle mit mehr als zwei beteiligten Unternehmen handelt²⁾

1) Art.7 VO Nr.17.

2) Art.7 Abs.I in Verb. mit Art.5 Abs.I VO Nr.17.'

- bis zum 1.2.1963, wenn es sich um Altkartelle mit nur zwei beteiligten Unternehmen handelt
- bis zum 1.1.1964, wenn es sich um Altkartelle der in Art.4 Abs.II genannten Art handelt,¹⁾ und müssen

2. für die Zukunft

- ganz aufgegeben werden,
- so geändert werden, dass sie nicht mehr in den Verbotsbereich des Art.85 Abs.I fallen

oder dass

- künftig die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III erfüllt sind.

Die Kommission kann demnach fristgemäß angemeldete Altkartelle, die sich für die Zukunft dem Vertrag anpassen, für die Vergangenheit legalisieren. Durch begünstigende Entscheidung kann sie unter den genannten Bedingungen das Verbot des Art.85 Abs.I teilweise oder ganz aufheben. Die Vorschrift setzt der Kommission keinerlei Schranken hinsichtlich der Bestimmung des Zeitraums, in dem das Verbot unter den genannten Voraussetzungen gelten soll; sie kann also für fristgemäß angemeldete Kartelle, die sich dem Vertrag anpassen, den Zeitraum der Geltung des Verbots festsetzen

- vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung an bis zum Zeitpunkt ihrer Festsetzung,
- für einen zwischen diesen beiden Zeitpunkten liegenden Zeitraum, oder
- das Verbot überhaupt ganz aufheben.

Die Kommission hat einen dieser Zeiträume zwar im Rahmen pflichtmäßigen Ermessens festzusetzen. Der durch die Vorschrift der Kommission eingeräumte Ermessensrahmen ist jedoch sehr weit. Dieses Ermessen umschließt einmal

1) Art.7 Abs.II VO Nr.17.

ein Beurteilungsermessen darüber, ob ein Kartell sich den Vorschriften des Vertrages angepasst hat, zum anderen ein sehr weites Handlungsermessen hinsichtlich der Festsetzung des Zeitraums, in dem das Verbot des Art.85 Abs.I gelten soll.

Es war deshalb bis zu der Entscheidung des EGH vom 6.4.1962 zweifelhaft, ob diese Regelung mit dem Vertrag vereinbar ist.¹⁾ Das Gericht hat jedoch in dieser Entscheidung mittelbar zum Ausdruck gebracht, dass es die Vertragsvereinbarkeit dieser Vorschrift bejahe; denn es heisst u.a. in dem Urteil:

"... Indessen gibt die Vorschrift von Art.7 der Verordnung der Kommission die Möglichkeit - selbst wenn die Vereinbarung oder der Beschluss nicht nach Art.85 Abs.III vom Verbot ausgenommen werden kann - die Rechtsfolge des Verbots des Art.85 ... auf einen bestimmten Zeitraum zu begrenzen, wenn die Beteiligten bereit sind, die Vereinbarung oder Beschlüsse aufzuheben oder abzuändern."

Damit unterstellt der EGH die Gültigkeit des Art.7. Diese Ansicht verdient Zustimmung.

Die Regelung ist wirtschaftspolitisch sinnvoll.²⁾ Denn dadurch, dass die Verordnung den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit gibt, die Wirkung des Verbots des Art.85 Abs.I für die Vergangenheit zu beseitigen, werden sie sich eher zur Anmeldung bereit finden; ausserdem werden die betroffenen Unternehmen leichter bereit sein, unzulässige Massnahmen einzustellen.

Der Kommission wird dadurch gleich zu Anfang ein grosser Teil der bestehenden Kartelle zur Kenntnis gelangen, so dass sie zunächst einmal eine für alle Mitgliedstaaten geltende

1) Deringer in WuW 1962, S.89.

2) Deringer, aaO.

einheitliche Spruchpraxis entwickeln kann, ohne die betroffenen Unternehmen einer fast untragbaren Rechtsunsicherheit auszusetzen. Es wird der Kommission dadurch ermöglicht, den in Art.85 im einzelnen aufgeführten Begriffen einen hinreichend bestimmten Gehalt zu geben, an dem sich die betroffenen Unternehmen für die Zukunft ausrichten können. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft bildet keine durch einen einmaligen Rechtssatz geschaffene Rechtseinheit, sie ist vielmehr ein dynamisches Gebilde, ein Stück werdendes Europa, das nur in einem Klima des Vertrauens gedeihen kann, das der Jurist zu fördern hat.¹⁾

Die Vorschrift führt auch nicht zu einer unbilligen Bevorzugung der Altkartelle gegenüber Neukartellen. Um die Direktwirkung des Kartellverbots auch für die Zeit nach dem 13. März 1962 abzuwenden, verlangt Art.7 VO Nr.16 von den Beteiligten fristgemäße Anmeldung bei der Kommission und Aufhebung oder Abänderung des Kartells. Bringen die Beteiligten das Altkartell nicht zur Anmeldung, geht ihnen die Rechtswohltat des Art.7 verloren. Sie werden dann genauso behandelt wie Neukartelle, sind also seit dem 13.3. 1962 verboten, ohne dass dies einer Entscheidung der Kommission oder einer nationalen Behörde bedarf.²⁾ Sie müssen also tätig werden, um die Direktwirkung des Kartellverbots vom Inkrafttreten der Verordnung an auch für die Zukunft zu vermeiden.

Die Anmeldung und die Abänderung werden damit zwar nicht zur Rechtspflicht, sie bedeuten aber eine Obliegenheit, deren Nichterfüllung den Rechtsnachteil mit sich bringt, die Vergünstigung nicht mehr in Anspruch nehmen zu dürfen.

1) Daig, Verbotene und genehmigungsfähige Kartelle nach Art.65 EGKSV, S.11.

2) Art.1 VO Nr.17.

II. Ergebnis

Fristgemäß angemeldete Altkartelle befinden sich demnach in einem Schwebezustand, auch wenn die Kommission eine Erklärung nach Art.85 Abs.III nicht abgeben kann; denn passen sie sich für die Zukunft den Vorschriften des Vertrages an, so kann die Kommission die Geltung des Verbots überhaupt ganz aussetzen oder auf einen bestimmten Zeitraum begrenzen.

1. Wichtigkeit kraft Gesetzes oder kraft Feststellung

Fragestellung

Es konnte festgestellt werden, dass das Verbot des Art.85 Abs.I zwar direkt wirkt, dass jedoch bestimmte Kartelle der in dieser Vorschrift bezeichneten Art sich in einem Schwebezustand befinden, weil die Kommission das Verbot rückwirkend für nicht anwendbar erklären und bei fristgemäß angemeldeten Altkartellen den Zeitraum modifizieren kann, für den das Verbot gelten soll.

Es ist die Frage, welche Folgerungen daraus für die Vorschrift des Art.85 Abs.II zu ziehen sind. Die Bestimmung erklärt verbotene Vereinbarungen und Beschlüsse für nichtig. Der französische Text lautet: "Les accords ou décisions interdits ... sont nuls de plein droit".

Frage ist, ob diese Nichtigkeit automatisch und kraft Gesetzes eintritt oder ob dazu nicht zumindest in den Fällen, in denen sich Kartelle in einem Schwebezustand befinden, eine vorherige richterliche oder behördliche Feststellung erforderlich ist, durch welche der Schwebezustand beseitigt wird.

II. Der Eintritt der Nichtigkeit nach deutschem, französischem und belgischem Recht

1. Die Nichtigkeit nach deutschem Recht

Nach deutschem Recht ergibt sich die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts unmittelbar aus dem Gesetz.¹⁾ Die durch das Rechtsgeschäft erstrebten Wirkungen vermögen sich nicht zu entfalten. Ein Rechtsgeschäft, das ein Gesetz für nichtig erklärt, wird im Rechtsverkehr so behandelt, als sei es überhaupt nicht geschlossen.²⁾ Die Nichtigkeit kann jeder gegenüber jedermann geltend machen. Der Richter muss sie von Amts wegen berücksichtigen, selbst wenn der Beklagte sich nicht auf sie beruft.³⁾

2. Die Nichtigkeit nach französischem und belgischem Recht

Nach französischem⁴⁾ und belgischem⁵⁾ Recht tritt diese absolute Nichtigkeit eines "acte" gegenüber jedermann nicht kraft Gesetzes ein, sondern der Eintritt der Nichtigkeit ist abhängig von einer richterlichen oder behördlichen extunc-Feststellung. Erst nachdem der Richter oder die zuständige Behörde die Nichtigkeit festgestellt haben, kann die Nichtigkeit gegenüber jedermann geltend gemacht werden. Vorher gilt der "acte" als gültig, wenn er auch nachträglich vom Richter als "nul de plein droit" ex tunc festgestellt werden kann. Eine ältere Lehre, nach der ein "acte" nichtig (nul de plein droit) sein sollte allein auf Grund eines gesetzlichen Verbots, ist seit langem aufgegeben.⁶⁾

1) Lehmann, Allg. Teil des BGB, S.156 ff.

2) Lehmann, aaO, S.158; Soergel-Siebert, BGB, Kommentar, Anm.14 ff. vor § 104; Staudinger-Coing, Anm.29 Einl. zu § 104 ff.

3) Lehmann, aaO, S.158.

4) Planiol-Ripert, Traité Élémentaire de Droit Civil, 5. Aufl., Bd.I, Nr.335 f.; Vergé-Ripert, Répertoire de Droit Civil (Dalloz) Bd.III, Nullité Nr.13 ff.

5) de Page, Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, 2. Aufl., Bd.II Nr.781; darauf weist auch del Marmol hin in Fabrimétal.1957, S.499.

6) Planiol-Ripert aaO.

Nach diesen Rechtsordnungen ist ein acte immer gültig, es sei denn, es handelt sich um einen "acte inexistant". Nichtig gegenüber jedermann kann der "acte" erst werden mit der rechtskräftigen ex-tunc-Feststellung. Nichtigkeit, die allein schon an den Tatbestand eines gesetzlichen Verbots geknüpft ist, kennen die beiden Rechtsordnungen nicht.

Demnach scheint der Vertrag in der deutschen Fassung etwas anderes als im französischen Text zu bestimmen. Dieser Schein trügt jedoch. Bei näherer Betrachtung ist der Unterschied nicht so sehr ein prinzipieller, sondern ein terminologischer.

3. Gemeinsame Merkmale

Nach deutschem Recht gibt es nämlich zwei verschiedene Formen der Nichtigkeit: Eine endgültige, entschiedene Nichtigkeit, deren Heilung grundsätzlich ausgeschlossen ist und eine vorläufige oder schwebende Nichtigkeit. Bei der vorläufigen, schwebenden Nichtigkeit ist sachlich noch ungewiss, ob das Geschäft wirklich gültig ist oder nicht. Die Gewissheit wird erst durch ein späteres Ereignis erbracht. Da die Nichtigkeit noch nicht gewiss ist, wird sie auch als schwebende Unwirksamkeit bezeichnet, um sie von der endgültigen, einer Heilung nicht zugänglichen Nichtigkeit zu unterscheiden.¹⁾ So ist die Erklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen nicht absolut nichtig, sondern schwebend unwirksam - in ihrer Wirksamkeit nur ungewiss -, bis über die Wirksamkeit dieser Erklärung durch die Entscheidung seines gesetzlichen Vertreters Gewissheit erbracht ist,²⁾ und zwar in der Weise, dass die Erklärung

1) Lehmann, aaO, § 27, II, 1, d; Staudinger-Coing, Anm. 49 Einl. vor § 104 ff.; Soergel-Siebert, Anm. 15 vor § 104; Enneccerus-Nipperdey, S.1213.

2) §§ 107, 108 BGB.

des beschränkt Geschäftsfähigen durch die Genehmigung von Anfang an wirksam¹⁾ oder durch Verweigerung der Genehmigung endgültig nichtig wird. Ein Kaufvertrag über ein Grundstück, der einer behördlichen Genehmigung bedarf, ist schwebend unwirksam, d.h. in seiner Wirksamkeit nur ungewiss, bis die Behörde den Vertrag genehmigt oder die Erteilung der Genehmigung endgültig verweigert hat.²⁾

Bei dieser Art von Rechtsgeschäften ist sachlich noch ungewiss, ob das Geschäft wirklich gültig ist oder nicht. Die Gewissheit wird erst durch ein späteres Ereignis erbracht. Solange dieses Ereignis nicht eintritt, befindet sich das Geschäft in einem Schwebézustand.

Ebenso verhält es sich bei den "actes" des französischen und belgischen Rechts, die durch die Entscheidung eines Gerichts oder einer Behörde ex tunc für nichtig erklärt werden können. Sie sind zwar nicht schwebend unwirksam, sondern gültig. Ihre Wirksamkeit ist jedoch sachlich noch ungewiss. Die Gewissheit wird erst durch die richterliche oder behördliche Entscheidung erbracht.

So ist ein Vertrag, der gegen die guten Sitten verstösst, zunächst zwar gültig, jedoch hängt über ihm das Damoklesschwert der richterlichen "annulation" - der Nichtigkeitserklärung ex tunc. Gewissheit über die Gültigkeit wird erst durch die endgültige Entscheidung des Richters erbracht. Solange diese Entscheidung nicht vorliegt, befinden sich auch diese Verträge in einem Schwebezustand.

Nach beiden Rechtsordnungen befinden sich also Verträge, über deren Wirksamkeit Gewissheit erst durch ein späteres Ereignis erbracht wird, in einem Schwebezustand.

1) § 184 BGB.

2) Lange in AcPBd. 152, S.241; BGHZ Bd.23, S.344.

III. Schwebezustand bei bestimmten Kartellen der in
Art. 85 Abs. I bezeichneten Art

1. Ähnlich verhält es sich bei Kartellen der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art, für die unter Umständen eine Erklärung nach Art.85 Abs.III abgegeben werden kann, also für nicht anmeldepflichtige Kartelle und für anmeldepflichtige Kartelle, die ordnungsgemäß angemeldet worden sind.

Die in Art.85 Abs.III aufgeführten unbestimmten Begriffe geben der Kommission ein so weites Beurteilungsermessen, dass für den einzelnen Fall noch nicht ohne weiteres feststeht, ob Art.85 Abs.III für anwendbar erklärt werden kann oder nicht. Darüber, ob die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III vorliegen, entscheidet in ausschliesslicher Zuständigkeit die Kommission, die allein über die Voraussetzungen verfügt, um ein so komplexes Gebilde wie eine Wettbewerbsbeschränkung, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist, darauf beurteilen zu können, ob sie zu einer Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn innerhalb der Gemeinschaft beiträgt. Darüber hinaus hat die Kommission ein weitgehendes Handlungsermessen, da sie den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Freistellungserklärung nach pflichtmäßigem Ermessen auf einen Termin zwischen Abschluss bzw. Anmeldung des Kartells und Abgabe ihrer Erklärung bestimmen kann. Derartige Kartelle befinden sich also in einem Schwebezustand von dem Zeitpunkt an, in dem sie unter Umständen ihre Wirksamkeit entfalten können, weil die Kommission die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III für gegeben erachten kann.

2. In noch viel stärkerem Maße als bei Kartellen, für welche die Kommission eine Erklärung nach Art.85 Abs.III ab-

geben kann, befinden sich gemäß Art.7 VO Nr.17 angemeldete Altkartelle in einem Schwebezustand. Denn bei diesen Kartellen ist noch ungewiss, ob das Verbot des Art.85 Abs.I überhaupt gelten oder für welchen Zeitraum es gelten soll. Das hängt von zwei ungewissen Ereignissen ab, und zwar:

- von der Anpassung der beteiligten Unternehmen an die Vorschriften des Vertrages
und
- von der Festsetzung der Geltung des Verbots durch die Kommission.

Während demnach bei den unter Ziff.1 fallenden Kartellen lediglich ungewiss ist, ob die Kommission eine Freistellungserklärung abgeben kann, ist bei einem fristgemäß angemeldeten Altkartell sogar ungewiss, ob das Verbot überhaupt gelten oder ob es nur in einem bestimmten Zeitraum gelten soll. Solche Kartelle befinden sich also in einem Schwebezustand.

3. Es ist letzten Endes eine Frage der Terminologie, nicht eine Frage des Prinzips, ob man Kartelle in diesem Schwebezustand als schwebend wirksam bezeichnet, auf jeden Fall befinden sich solche Kartelle in einem Schwebezustand.

IV. Die Rechtslage seit dem Urteil des EGH vom 6.4.1962

Der EGH hat sich in seinem schon mehrfach zitierten Urteil vom 6.4.1962 für¹⁾ die Bezeichnung von Kartellen, die sich in einem Schwebezustand befinden, der französischen Terminologie angeschlossen.

1) aa0.

1. Nichtigkeit kraft ex-tunc Feststellung

a) Altkartelle.

(1) In der Entscheidung des EGH heisst es zunächst, bei den zur Zeit des Inkrafttretens der Verordnung bereits bestehenden Vereinbarungen und Beschlüssen trete die Nichtigkeit nicht schon allein deswegen ein, weil sie unter Art.85 Abs.I fallen. Diese Vereinbarungen und Beschlüsse müssten als gültig angesehen werden, wenn sie unter Art.5 Abs.II der genannten Verordnung fielen. Sie hätten als vorläufig gültig zu gelten, wenn sie, ohne unter diese Vorschrift zu fallen, bei der Kommission nach Art.5 Abs.I der Verordnung fristgemäß angemeldet würden. Diese Gültigkeit sei jedoch nicht definitiv, weil die im Art.85 Abs.II vorgeschriebene Nichtigkeit eintrete, wenn die Behörden der Mitgliedstaaten von der ihnen durch Art.9 Abs.III der Verordnung bewahrten Zuständigkeit Gebrauch machten, Art.85 Abs.I anzuwenden und bestimmte Vereinbarungen oder Beschlüsse für verboten zu erklären. Darüber hinaus bewirke die Weigerung der Kommission, eine Entscheidung im Sinne von Art.85 Abs.III in bezug auf Vereinbarungen und Beschlüsse zu treffen, die unter diesen Artikel fallen, deren Nichtigkeit vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung an. Danach sind sowohl nicht anmeldepflichtige Altkartelle (denn auf sie verweist Art.5 Abs.II) als auch anmeldepflichtige Altkartelle, die fristgemäß angemeldet worden sind (auf diese verweist Art.5 Abs.I), zwar gültig, jedoch ist diese Gültigkeit nicht definitiv. Es ist eine schwebende Gültigkeit, weil noch nicht endgültig feststeht, ob nicht von der Kommission oder den Behörden der Mitgliedstaaten eine Zuwiderhandlung gegen Art.85 festgestellt wird oder die Kommission die Abgabe einer Freistellungserklärung gemäß Art.85 Abs.III verweigert. Solange eine solche Erklärung nicht abgegeben worden ist, sind solche Kartelle zivilrechtlich wirksam;¹⁾ die beteiligten Unternehmen können

¹⁾ Vgl. neuerdings BGHZ 40143 f. für den Fall eines Reexportverbots eines deutschen Herstellers an seine ausländischen Abnehmer. Der BGH hätte allerdings selbst die Feststellung der Nichtigkeit treffen können, da die Kommission noch keine der in Art.9 Abs.III VO Nr.17 genannten Verfahren

as Kartell praktizieren. Über ihnen schwebt jedoch immer die Gefahr der Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art.85 Abs.I oder die Verweigerung einer Freistellung durch die Kommission und damit die Feststellung ex tunc des Verbots und der zivilrechtlichen Nichtigkeit.

2) Weiter heisst es dann in der Entscheidung des Gerichts, Art.7 der Verordnung gebe der Kommission die Möglichkeit selbst wenn die Vereinbarung oder der Beschluss nicht nach Art.85, Abs.III vom Verbot ausgenommen werden könne -, die Rechtsfolge des Verbots des Art.85, das heisst die Nichtigkeit, auf einen bestimmten Zeitraum zu begrenzen, wenn die Beteiligten bereit seien, die Vereinbarungen oder Beschlüsse aufzuheben oder abzuändern. Aus dieser Vorschrift der Verordnungen müsse entnommen werden, dass die Nichtigkeit bei denjenigen Vereinbarungen und Beschlüssen, die bei der Kommission angemeldet seien, so lange nicht eintrete, bis die Kommission entschieden habe oder die Behörden der Mitgliedstaaten erklärt hätten, dass Art.85 Anwendung finde.

Nach Art.7 VO Nr.17 angemeldete Altkartelle sind demnach gültig, sogar unabhängig davon, ob die Kommission die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III für vorliegend erachtet oder nicht. Jedoch ist diese Gültigkeit nicht definitiv, da die Ungewissheit dadurch beseitigt werden kann, dass die Kommission nachträglich den Verbotszeitraum festsetzt oder eine nationale Behörde Art.85 Abs.I anwendet.

Die Nichtigkeit oder endgültige Wirksamkeit fristgemäß angemeldeter Altkartelle tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem die Ungewissheit beseitigt ist, ob das Verbot überhaupt gelten oder für welchen Zeitraum es gelten soll. Von dem Zeitpunkt an, in dem die Kommission den Zeitraum festgesetzt hat, für den das Verbot des Art.85 Abs.I gelten soll,

Fortsetzung von Seite 86

eröffnet hatte (die Klägerin hatte das Reexportverbot lediglich bei der Kommission angemeldet). Er durfte also die Frage, ob das Reexportverbot unter Art.85 Abs.I fällt nicht dahingestellt sein lassen, sondern hätte selbst Stellung beziehen müssen, auch auf die Gefahr, daß die Kommission in einem späteren Verfahren eine andere Ansicht vertreten wird; dazu S.95.

oder in dem eine nationale Behörde feststellt, dass eine Zuwiderhandlung gegen Art.85 Abs.I vorliegt, steht fest, dass das Kartell verboten und nichtig ist.

(3) Fristgemäß angemeldete Altkartelle, also anmeldepflichtige Altkartelle, die bis zum 1.11.1962 bzw. 1.2.1963 angemeldet worden sind, und nicht anmeldepflichtige Altkartelle, die bis zum 1.1.1964 angemeldet worden sind, sind demnach schwebend wirksam oder, wie der EGH sagt, nicht definitiv gültig. Ihre Nichtigkeit tritt erst dadurch ein, dass die Kommission oder die Behörden der Mitgliedstaaten eine Zuwiderhandlung gegen Art.85 feststellen.

Ebenso sind Altkartelle der in Art.4 Abs.II genannten Art, die nicht bis zum 1.1.1964 angemeldet worden sind, solange wirksam, bis die Kommission oder die Behörden der Mitgliedstaaten eine Zuwiderhandlung gegen Art.85 feststellen oder die Kommission die Abgabe einer Erklärung nach Art.85 Abs. III verweigert.

Gleiss/Hirsch¹⁾ und Menges²⁾ wollen eine Unklarheit des Urteils darin sehen, dass es zwischen nicht definitiv gültigen und vorläufig nicht definitiv gültigen Kartellen unterscheidet. Jedoch macht das Gericht diese Unterscheidung zu Recht; denn ein anmeldepflichtiges Altkartell ist eben nur von dem Zeitpunkt an nicht definitiv gültig, in dem es angemeldet worden ist. Nicht anmeldepflichtige Altkartelle sind dagegen ohne Anmeldung nicht definitiv gültig.

b) Neukartelle.

Der EGH hatte in seiner Entscheidung lediglich die Frage der Wirksamkeit von Altkartellen zu prüfen. Jedoch unterliegen anmeldepflichtige Neukartelle, die ordnungsgemäß

1) In AWD BB 1962, S.125.

2) In DB 1962, S.622 f.

angemeldet worden sind und nicht anmeldepflichtige Neukartelle demselben Schwebezustand wie Altkartelle. Denn auch für sie steht noch nicht fest, ob die Kommission die Voraussetzungen von Art.85 Abs.III für vorliegend erachtet. Sie werden deshalb genauso zu behandeln sein wie Altkartelle; sie sind als schwebend gültig anzusehen; die Nichtigkeit tritt erst in dem Zeitpunkt ein, in dem eine Behörde der Mitgliedstaaten Art.85 Abs.I anwendet oder die Kommission eine Freistellung von dem Verbot verweigert.

c) Ergebnis.

Nach alledem ist festzustellen, dass die in Art.85 Abs.II bezeichnete Nichtigkeit die ex tunc Feststellung des Verbots des Art.85 Abs.I und damit der Nichtigkeit durch eine nationale Behörde oder durch die Kommission bei folgenden Kartellen voraussetzt:

1. Bei anmeldepflichtigen Altkartellen, die fristgemäß angemeldet worden sind,
2. bei anmeldepflichtigen Neukartellen, die ordnungsgemäß angemeldet worden sind,
3. bei nicht anmeldepflichtigen Alt- und Neukartellen.

2. Nichtigkeit kraft Gesetzes

Noch offen geblieben ist die Frage, ob anmeldepflichtige Kartelle, die nicht angemeldet worden sind, kraft Gesetzes nichtig sind.

a) Altkartelle.

Diese Frage hat der EMJ in dem Tenor seiner Entscheidung hinsichtlich der Altkartelle, die nicht fristgemäß nach Art.5 Abs.1 VO Nr.17 angemeldet werden, dahingehend beantwortet, dass derartige Kartelle seit dem Inkrafttreten der Verordnung nichtig sind. Für diese Kartelle kann eine Er-

klärung nach Art.85 Abs.III nicht mehr abgegeben werden. Ein Schwebezustand kann in diesen Fällen gar nicht eintreten, da dieser Zustand von der Anmeldung abhängt; es steht also von vornherein fest, dass diese Kartelle nicht wirksam werden können. Der EGH erkennt also an, dass für diese Fälle der Nichtigkeit in Art.85 Abs.II automatische Wirkung, kraft Gesetzes, zukommt.

b) Neukartelle.

Fraglich bleibt jedoch, ob anmeldepflichtige Neukartelle der in Art.85 Abs.I bezeichneten Art¹⁾ auch kraft Gesetzes gegenüber jedermann nichtig sind, solange sie nicht ordnungsmäßig angemeldet sind. Deringer²⁾ und Schumacher³⁾ sind offenbar der Ansicht, solche Kartelle seien schlechthin nichtig.

Dagegen erheben sich folgende Bedenken: Solche Kartelle sind zwar verboten, aber sie befinden sich auch in einem typischen Schwebezustand, über den die beteiligten Unternehmen durch Anmeldung bei der Kommission Gewissheit erlangen können. Von diesem Zeitpunkt an wird das anmeldepflichtige Neukartell nämlich schwebend wirksam, und wenn die Kommission eine Erklärung nach Art.85 Abs.III abgibt, die sie für den Zeitpunkt der Anmeldung wirksam werden lässt, sogar vollwirksam. Die Unternehmen, die ein Kartell vereinbaren, werden auch schon vor der Anmeldung gewisse Treupflichten zueinander haben; so werden sie insbesondere untereinander verpflichtet sein, auf die Herbeiführung der Anmeldung hinzuwirken; denn nur dadurch kann der rechtsgeschäftliche Wille, der sich im Abschluss des Kartells manifestiert, zur Wirksamkeit gebracht werden.

1) Diese unterliegen keiner Anmeldefrist.

2) in WuW 1962, S.87.

3) in WuW 1962, S.478.

Von einer absolut unheilbaren Nichtigkeit kann also auch in diesem Schwebezustand nicht die Rede sein.

Dieser Schwebezustand entspricht dem Zustand der schwebenden Unwirksamkeit im deutschen Recht.¹⁾ Auch in diesem Zustand werden die typischen Wirkungen eines Rechtsgeschäftes nicht herbeigeführt, jedoch haben die Beteiligten bereits bestimmte Treuepflichten.

Anmeldepflichtige Neukartelle sind demnach, solange sie noch nicht angemeldet worden sind, als noch nicht endgültig nichtig, sondern als schwebend nichtig anzusehen.

3. Gesamtergebnis

Nach alledem gilt für die einzelnen Fallgruppen folgendes:

a) Absolute Nichtigkeit und schwebende Nichtigkeit kraft Gesetzes.

- (1) Nichtigkeit kraft Gesetzes tritt ein bei anmeldepflichtigen Altkartellen mit mehr als nur zwei beteiligten Unternehmen, die nicht bis zum 1.11.1962 bei der Kommission angemeldet worden sind, und
- (2) bei anmeldepflichtigen Neukartellen mit nur zwei beteiligten Unternehmen, die nicht bis zum 1.2.1962 bei der Kommission angemeldet worden sind.

Schwebend nichtig kraft Gesetzes sind anmeldepflichtige Neukartelle bis zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung bei der Kommission.

Diese Kartelle können weder von der Kommission noch von einer innerstaatlichen Behörde als gültig angesehen werden.

1) Standinger-Coing, 11. Aufl. Ann. 49 Einf. vor § 104; Enneccerus-Nippes, 15. Aufl., S. 1210; RGZ Bd. 129, S. 376; BGHZ Bd. 23, S. 344.

Die Kommission sowie die nationalen Kartellbehörden und Gerichte könnten nur feststellen, was kraft Gesetzes schon ist.

b) Nichtigkeit kraft ex-tunc Feststellung.

(1) Die einzelnen Fallgruppen.

In folgenden Fällen tritt die Nichtigkeit erst durch besondere Feststellung ein:

1. Bei anmeldepflichtigen Altkartellen mit mehr als zwei beteiligten Unternehmen, die bis zum 1.11.1962 angemeldet worden sind;
2. Bei anmeldepflichtigen Altkartellen mit nur zwei beteiligten Unternehmen, die bis zum 1.2.1963 angemeldet worden sind;
3. Bei anmeldepflichtigen Neukartellen, die ordnungsgemäß angemeldet worden sind;
4. Bei nicht anmeldepflichtigen Alt- und Neukartellen;
5. Bei nicht anmeldepflichtigen Altkartellen, für welche eine Erklärung nach Art.85 Abs.III nicht abgegeben werden kann und die bis zum 1.1.1964 angemeldet worden sind.

Diese Kartelle sind schwebend gültig. Die Nichtigkeit tritt erst ein, sobald die Kommission oder eine Behörde der Mitgliedstaaten eine Zuwiderhandlung gegen Art.85 Abs.I festgestellt haben oder die Kommission die Abgabe einer Erklärung nach Art.85 Abs.III verweigert hat.

(2) Die Zuständigkeit zur Feststellung der Nichtigkeit

Die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten sind allerdings in der Anwendung von Art.85 Abs.I durch Art.9 Abs.II VO Nr.17 beschränkt.¹⁾ Sie bleiben nur solange zuständig,

1) Zu den Behörden i.S. von Art.9 Abs.III VO Nr.17 gehören auch die Gerichte in den Mitgliedstaaten, s. dazu S. 25, Fussnote 2.

als die Kommission kein Verfahren über die Erteilung eines Negativattests (Art.2 VO Nr.17), kein Verfahren zur Feststellung von Verstössen gegen Art.85 (Art.3 VO Nr.17) und auch kein Verfahren zur Abgabe einer Erklärung nach Art.85 Abs.III (Art.6 VO Nr.17) eingeleitet hat. Sobald die Kommission eines der genannten Verfahren einleitet, wird sie ausschliesslich zuständig, Art.85 Abs.I anzuwenden und damit auch eine ex-tunc-Feststellung der Nichtigkeit zu treffen. Unter Einleitung eines Verfahrens wird mit Gleiss und Kirsch¹⁾ die Kundgabe des Willens der Kommission zu verstehen sein, nach einem der genannten Verfahren ein Kartell zu untersuchen.

Für die einzelnen Fallgruppen ergibt sich daraus folgendes:

Bei anmeldepflichtigen Altkartellen, die fristgemäß angemeldet worden sind (bis zum 1.11.1962 bei Kartellen mit mehr als zwei beteiligten Unternehmen, bis zum 1.2.1963 bei Kartellen mit nur zwei beteiligten Unternehmen), und bei angemeldeten Neukartellen wird die Kommission in der Regel sehr bald nach der Anmeldung ein Verfahren zur Abgabe einer Erklärung nach Art.85 Abs.III einleiten und damit die ausschliessliche Zuständigkeit erlangen, Art.85 Abs.I anzuwenden.²⁾ Die Zuständigkeit der nationalen Behörden und Gerichte, eine ex-tunc-Feststellung der Nichtigkeit zu treffen, wird also bei angemeldeten Kartellen in der Regel nach sehr kurzer Zeit erlöschen. In erster Linie wird sich die Zuständigkeit der nationalen Behörden und Gerichte, eine ex-tunc-Feststellung der Nichtigkeit zu treffen, auf die nicht anmeldepflichtigen Altkartelle und Neukartelle beschränken.³⁾ Diese Zuständigkeit besteht aber auch nur

) in BB 1962, S.625.

) Daß das nicht immer so zu sein braucht, zeigt BGHZ 40, 144, wo die Vereinbarung über ein Reexportverbot zwar bei der Kommission angemeldet war, diese jedoch noch kein Verfahren i.S. von Art.9 Abs.III VO Nr.17 eingeleitet hatte.

) Die nationalen Gerichte und Behörden können damit zwar einer eventuellen Freistellungserklärung der Kommission vorgreifen. Jedoch ist den nationalen Gerichten und Verwaltungsbehörden durch Art.9 Abs.III VO Nr.17 die Zuständigkeit erhalten geblieben, Art.85 Abs.I anzuwen-

Fortsetzung siehe Seite 94

solange, als die Kommission keines der in Art.9 Abs.III genannten Verfahren eingeleitet hat. Leitet die Kommission hinsichtlich eines Kartells ein Verfahren zur Erteilung eines Negativattests, ein Verfahren zur Feststellung eines Verstosses gegen Art.85 oder ein Verfahren zur Abgabe einer Erklärung nach Art.85 Abs.III ein, so wird sie ausschliesslich zuständig, Art.85 Abs.I anzuwenden und damit eine ex-tunc-Feststellung der Nichtigkeit zu treffen.

Ein nationaler Richter, der in einem Rechtsstreit die Wirksamkeit eines Kartells zu beurteilen hat, oder eine nationale Behörde, etwa im Rahmen eines Kartellerlaubnisverfahrens, werden ihr Verfahren, sobald die Kommission die ausschliessliche Zuständigkeit nach Art.9 Abs.III VO Nr.17 begründet hat, aussetzen müssen, bis die Kommission ihre Entscheidung gefällt hat. In diesem Sinne hat der Cour d'Appel de Paris in einem Urteil vom 26.1.1963 entschieden.¹⁾ Es handelte sich dabei um einen Schadensersatzprozess eines Aussenseiters gegen den Beteiligten eines Alleinvertriebsvertrages. Die Schlüssigkeit der Klage des Aussenseiters war abhängig von der Frage, ob die Alleinvertriebsbindung unter das Verbot des Art.85 Abs.I zu subsumieren wäre oder nicht. Darüber konnte jedoch das Gericht nicht mehr entscheiden. Denn wegen des Alleinvertriebsvertrages hatte der Aussenseiter bei der Kommission bereits am 6.3.1962 gem. Art.3 VO Nr.17 einen Antrag gestellt, eine Zuwiderhandlung gegen Art.85 festzustellen. Die Kommission hatte daraufhin dem Aussenseiter mitgeteilt,

Fortsetzung von Seite 93

den, solange die Kommission keines der genannten Verfahren eingeleitet hat, also auch keines zur Abgabe einer Erklärung nach Art.85 Abs.III. Diese Regelung ist rechtspolitisch sinnvoll, denn sie wird die beteiligten Unternehmen veranlassen, auch solche Kartelle zur Anmeldung bei der Kommission zu bringen, die nicht der Anmeldepflicht unterliegen (wozu die Unternehmen gemäß Art.4 Abs.II 2 Abs. VO Nr.17 jederzeit befugt sind), oder für solche Kartelle zumindest den Antrag auf Abgabe eines Negativattests zu stellen. Der EGH billigt

Fortsetzung auf Seite 95

1 sie habe gegen die Vertragsbeteiligten das Verfahren nach Art. 3 eingeleitet und hiervon gleichzeitig den französischen Staatssekretär für Wirtschaft verständigt. Die Zuständigkeit zur Anwendung von Art.85 Abs.I und damit zur Feststellung der Nichtigkeit war damit an die Kommission übergegangen (Art.9 Abs.III VO Nr. 17). Das Pariser Appellationsgericht kam deshalb konsequenterweise zu dem Ergebnis, dass der Prozess so lange ausgesetzt werden müsste, bis eine endgültige Entscheidung im Anschluss an das von der Kommission eingeleitete Verfahren über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung des Alleinvertriebsvertrages ergangen sei.¹⁾

(3) Die Bindungswirkung der Entscheidungen der Kommission

Da die nationalen Behörden und Gerichte zur Anwendung von Art.85 Abs.I zuständig bleiben, solange nicht die Kommission eines der in Art.9 Abs.III VO Nr.17 genannten Verfahren eingeleitet hat, kann es zu widersprechenden Entscheidungen von nationalen Behörden und der Kommission über die Auslegung von Art.85 Abs.I kommen, wenn die Kommission nach Rechtskraft der Entscheidung eines nationalen Gerichts oder einer nationalen Behörde ein Verfahren nach Art.2 oder 3 VO Nr.17 einleitet und dann selbständig entscheidet. Denn die Kommission ist an Entscheidungen nationaler

Fortsetzung von Seite 94

die Regelung auch, indem er sagt, bei fristgemäß angemeldeten Altkartellen trete Nichtigkeit ein, wenn die Behörden der Mitgliedstaaten von der ihnen durch Art.88 zuerkannten und durch Art.9 VO Nr.17 bewahrten Zuständigkeit Gebrauch machten, Art.85 Abs.I anzuwenden (Urteil v. 6.4.1962 aaO).

1) Abgedruckt in WuW 1963, S. 629.

1) Ein ähnlicher Aussetzungsbeschluss eines deutschen Gerichts ist bisher nicht bekannt geworden. Das Urteil des OLG München vom 30.5.1963, WuW 1963, S.626 ff. ist in diesem Zusammenhang nicht einschlägig, da ein Verfahren der in Art.9 Abs.III genannten Art zur Zeit der Entscheidung noch nicht eingeleitet war. Allerdings sind Schadenersatzprozesse, deren Entscheidung von der Gültigkeit eines Kartells nach Art.65 EGKSV abhing,

Fortsetzung auf Seite 96.

Gerichte oder Behörden nicht gebunden. Das ergibt sich aus der Stellung der Kommission als Gemeinschaftsorgan, das allein für die Anwendung des Vertrages sowie der von den Organen auf Grund des Vertrages getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen hat und kein einzelstaatliches Recht anwenden darf. Wäre die Kommission durch die Entscheidungen nationaler Behörden und Gerichte gebunden, so würde sie leicht an der Erfüllung ihrer Aufgaben gehindert werden können; eine solche Möglichkeit wollte der Vertrag durch die Errichtung selbständiger Gemeinschaftsorgane verhindern. Die Diskrepanz sich widersprechender Entscheidungen wird jedoch dadurch weitgehend ausgeglichen, dass der EGH über Auslegungsfragen des Vertrages die letzte Entscheidung trifft (Art. 177) und gleichzeitig auch die Tätigkeit der Kommission kontrolliert (Art. 173). An die Entscheidungen des EGH ist die Kommission ebenso gebunden, wie es die nationalen Gerichte und Behörden sind.

Um einer nachträglichen widersprechenden Entscheidung der Kommission zuvorkommen, können die nationalen Gerichte eine endgültige, auch für die Kommission verbindliche Entscheidung dadurch erwirken, dass sie die jeweilige Frage über die Vereinbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung mit Art. 85 Abs. I dem EGH zur Vorabentscheidung nach Art. 177 vorlegen. Den unteren Gerichten ist es lediglich in pflichtmässiges Ermessen gestellt, ob sie eine Vorabentscheidung erwirken wollen oder nicht (Art. 177 Abs. II)¹⁾. Soweit sich

Fortsetzung von Seite 95

nach Art. 148 ZPO bis zur Entscheidung der Hohen Behörde ausgesetzt worden, da diese gemäß Art. 65 § 4 EGKSV ausschliesslich zuständig ist, darüber zu entscheiden, ob eine Vereinbarung mit dem Kartellverbot in Einklang steht. - LG Stuttgart, Urteil v. 10.8.1953 in WuW 1953, LG/AG 13; LG Essen, Beschluss v. 4.11.1953 in BB 1953, S. 991.

-
- 1) Zur Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen und im Interesse einer Klärung der Auslegungsfrage zu Art. 85 Abs. I lässt sich allerdings die Frage stellen, ob nicht bereits die unteren Gerichte immer dann zur Anrufung des EGH kommen sollten, wenn es um die Auslegung des Kartellverbots geht.

Die Frage jedoch vor einem letztinstanzlichen Gericht gestellt, ist dieses sogar zur Anrufung des EGH verpflichtet (Art. 177 Abs. III)¹⁾.

Frage ist, ob die nationalen Behörden und Gerichte nach Abschluss eines der in Art. 9 Abs. III genannten Verfahren auf die Entscheidungen der Kommission, mit welchen diese die Nichtigkeit ex tunc feststellt, gebunden sind.

a) Der Entscheidung der Kommission über den Antrag zur Erteilung eines Negativattests wird man Bindungswirkung gegenüber den Nationalen Gerichten und Verwaltungsbehörden anerkennen müssen.²⁾ Denn das Verfahren zur Erteilung eines Negativattests gemäß Art. 2 VO Nr. 17 dient dem Schutz vor einem Kartell beteiligten Unternehmen.³⁾ Sie sollen in ihrer Sicherstellung durch Entscheidung der Kommission mit bindender Wirkung für alle Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten Klarheit darüber erlangen können, ob ihr Kartell eine Vereinbarung i.S. von Art. 85 Abs. I darstellt. Würde es den nationalen Gerichten und Behörden freistehen, noch einmal selbständig über die Frage zu entscheiden, ob die Wettbewerbsbeschränkung dem Art. 85 Abs. I unterfällt

¹⁾ Welche Entscheidungen allerdings als letztinstanzlich anzusehen sind, sagt Art. 177 Abs. III nicht. Das OLG München hat in einem Urteil vom 30.5.1963 (abgedruckt in WuW 1963, S. 626 ff.) die Ansicht vertreten, dass mit letztinstanzlichen Entscheidungen die in summarischen Verfügungsverfahren ergehenden Entscheidungen nicht gemeint sein könnten. Bei der diesem Urteil zugrundeliegenden Sache handelte es sich um eine einstweilige Verfügungssache, in der das Oberlandesgericht letztinstanzlich entscheidet, da gegen Urteile, durch die über die Anordnung einer einstweiligen Verfügung entschieden wird, die Revision nicht zulässig ist (§ 545 Abs. II ZPO). Das OLG München hätte also die Sache zur Verabreichung dem EGH vorlegen müssen; denn selbst zur Entscheidung über die Frage, ob Art. 177 Abs. III auch für letztinstanzliche Gerichte in kursorischen Verfahren gilt, ist der EGH allein zuständig. Vgl. dazu Bebr, Judicial Control of the European Communities, 1962, S. 191.

²⁾ Anders, allerdings ohne Begründung, Lagrange, Rechts-sache 13/61 S. 17 (hekt., franz.).

³⁾ Präambel zur Verordnung Nr. 17: "Die Unternehmen können ein Interesse daran haben zu erfahren, ob Vereinbarungen ... der Kommission Anlass geben können, auf Grund von Art. 85 Abs. I einzuschreiten."

oder nicht, so würde das zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, die mit dem in Art.2 des Vertrages genannten Ziel einer harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft wohl schwer vereinbar wäre. Erklärt die Kommission, dass für sie kein Anlass bestehe, gegen ein Kartell wegen Verletzung von Art.85 einzuschreiten, so würde es nicht dem Schutz der beteiligten Unternehmen dienen, wenn sich diese auf die Entscheidung der Kommission nicht verlassen könnten, sondern Gefahr liefen, dass ihre Vereinbarung von den nationalen Gerichten oder Behörden für verboten und damit nichtig erklärt würde. Ebenso wenig wäre den Unternehmen damit gedient, wenn bei einem Kartell, für das die Kommission die Erteilung eines Negativtests bereits abgelehnt hat, nunmehr die nationalen Behörden und Gerichte die Anwendung von Art.85 Abs.I ablehnen könnten. Denn die beteiligten Unternehmen dürften das Kartell ohnehin nicht weiter praktizieren; andernfalls würden sie sich einer Bussgeldentscheidung der Kommission gemäß Art.15 Abs.II, a VO Nr.17 aussetzen.

Auch die enge Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Behörden der Mitgliedstaaten bei dem Verfahren zur Erteilung eines Negativtests spricht für eine Bindungswirkung der Entscheidung der Kommission gegenüber Behörden und Gerichten der Mitgliedstaaten. Die Kommission übermittle den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten unverzüglich eine Abschrift des Antrages sowie der wichtigsten Schriftstücke, die bei ihr zur Erteilung eines Negativtests eingereicht werden.¹⁾ Die nationalen Behörden sind berechtigt, zu den Anträgen Stellung zu nehmen.²⁾ Ein Beratender Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen, der sich aus sachverständigen Beamten der Mitgliedstaaten zusammensetzt, ist vor jeder Entscheidung, die ein Verfahren über die Erteilung eines Negativtests abschliesst, anzuhören.³⁾

1) Art. 10 Abs.I VO Nr.17.

2) Art. 10 Abs.II VO Nr.17.

3) Art. 10 Abs.III und IV VO Nr.17.

Die Behörden der Mitgliedstaaten haben also während des gesamten Verfahrensverlaufs die Möglichkeit, ihre Argumente vorzubringen und die Entscheidung der Kommission zu beeinflussen. Es kann nicht die Absicht der Verordnungsgeber gewesen sein, den nationalen Behörden und Gerichten nach Abschluss dieses Verfahrens noch eine freie Entscheidungsbefugnis einzuräumen.

(b) Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen Art. 85 fest, so wird man die nationalen Behörden und Gerichte ebenfalls an diese Entscheidung gebunden ansehen müssen. Das ergibt sich gleichfalls aus dem Gedanken der Rechtssicherheit und der Tatsache, dass die Kommission auch bei der Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art.85 mit den nationalen Behörden eng zusammenarbeitet.

(c) Auch an das Ergebnis eines Verfahrens vor der Kommission zur Abgabe einer Erklärung nach Art.85 Abs.III sind m.E. die nationalen Behörden und Gerichte gebunden.

Das gilt insbesondere für eine Entscheidung, mit welcher die Kommission eine Freistellungserklärung abgibt. Die Zuständigkeitsregelung des Art.9 Abs.I VO Nr.17, wonach die Kommission für die Freistellung ausschliesslich zuständig ist, würde aufgehoben, wenn die innerstaatlichen Behörden über die Anwendbarkeit von Art.85 Abs.III selbständig entscheiden könnten. Die Regelung des Art.9 Abs.I ist zu dem Zweck erfolgt, eine für die Gemeinschaft einheitliche Anwendung der Freistellungsvorschrift zu gewährleisten; dürfen die Gerichte und Behörden in den Mitgliedstaaten selbständig entscheiden, so würde es möglicherweise in den einzelnen Mitgliedstaaten zu einer verschiedenen Auslegung von Art.85 Abs.III kommen; das sollte durch Art.9 Abs.I VO Nr.17 ausgeschlossen werden.¹⁾

1) Insoweit unterscheidet sich die Regelung des Gemeinschaftsrechts erheblich von der der französischen ordonnance Nr.45-1483. Art.59 bis Abs.II dieser Verordnung erklärt alle verbotenen Vereinbarungen für "nuls de plein droit". Über die Frage der Nichtigkeit können auch die Gerichte
Fortsetzung auf Seite 100.

Verweigert die Kommission eine Freistellung vom Verbot, so erklärt sie damit gleichzeitig, dass die Voraussetzungen von Art.85 Abs.I erfüllt sind und die betreffende Vereinbarung nichtig ist. Die Verweigerung einer Freistellung setzt begrifflich eine in Art.85 Abs.I bezeichnete Wettbewerbsbeschränkung voraus. Wären nämlich schon die Voraussetzungen von Art.85 Abs.I nicht erfüllt, so dürfte die Kommission in eine Prüfung der in Abs.III genannten Bedingungen nicht eintreten.¹⁾ Sie müsste dann vielmehr eine Erklärung abgeben, dass die betreffende Vereinbarung dem Verbot nicht entgegenstehe.

Man wird demnach folgendes annehmen dürfen: Kartelle, für welche die Kommission die Erteilung einer Erklärung nach Art.85 Abs.III verweigert hat, werden für alle Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten als von Anfang an verboten und nichtig angesehen werden müssen. Aus der Begrenzungsfunktion des Art.9 Abs.III VO Nr.17, wonach die Kommission ausschliesslich zuständig wird, Art.85 Abs.I anzuwenden, sobald diese ein Freistellungsverfahren einleitet, ergibt sich, dass die nationalen Behörden und Gerichte nur feststellen können, was kraft der Entscheidung der Kommission schon ist. Die Beibehaltung des Rechts der nationalen Behörden und Gerichte, nach der Verweigerung der Freistellung durch die Kommission selbst zu überprüfen, ob die Voraussetzungen von Art.85 Abs.I vorliegen, würde mit dem Prinzip der Rechtssicherheit und der Tatsache schwerlich vereinbar sein, dass die Kommission auch ein Verfahren zur

Fortsetzung von Seite 99

entscheiden. Denn die Commission Technique des Ententes ist nicht ausschliesslich zuständig, Art.59 bis und ter anzuwenden. Nach Art.59 quater Abs.II ist die Commission lediglich "chargée d'examiner les infractions éventuelles aux prescriptions de l'art. 59 bis ainsi que les justifications qui peuvent être fournies en application de l'art.59 ter". (J.O.1959, S.7048), s. dazu Rapport de la Commission Technique des Ententes pour l'année 1957, J.O., Doc.Adm., 1960, S.212.

1) Art.85 Abs.III lautet: "Die Bestimmungen des Absatzes I können nicht für anwendbar erklärt werden....".

Abgabe einer Freistellungserklärung in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durchführt, insbesondere vor jeder Entscheidung deren Stellungnahmen in dem Beratenden Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen entgegennimmt.

Das gilt für Neukartelle ebenso wie für Altkartelle. Zwar kann die Kommission bei Altkartellen unter den in Art. 7 genannten Voraussetzungen das Verbot und damit die Nichtigkeit auf einen bestimmten Zeitraum begrenzen. Jedoch sind die nationalen Behörden nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. III VO Nr. 17 nicht gehalten, die Entscheidung der Kommission abzuwarten, sondern können in eigener Zuständigkeit Art. 85 Abs. I anwenden und die Nichtigkeit eines Kartells feststellen. Denn Art. 9 Abs. III schränkt die Zuständigkeit der nationalen Behörden, Art. 85 Abs. I anzuwenden, nur insoweit ein, als die Kommission ein Verfahren der in Art. 2, 3 oder 6 VO Nr. 17 genannten Art eingeleitet hat, nicht aber soweit die Kommission nach Art. 7 VO Nr. 17 verfährt.

Rechtspolitisch ist diese Regelung sinnvoll; denn sie wird die beteiligten Unternehmen veranlassen, Altkartelle so schnell wie möglich den Vorschriften des EWGV anzupassen.

Dritter Teil.

Der internationale Anwendungsbereich
von Art.85

Im 1. Teil ist versucht worden zu zeigen, dass das Verbot des Art.85 seinem Zweck im Gesamtrahmen des Vertragswerkes entsprechend nur auf solche Vereinbarungen und Beschlüsse anwendbar ist, durch welche das kartellmässig zusammengefasste Angebot bzw. die kartellmässig zusammengefasste Nachfrage einen Markt berührt, der über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausgeht. Eine Abrede zwischen mehreren Unternehmen aus nur einem Mitgliedstaat, durch welche die Wahlmöglichkeit der Marktpartner aus einem anderen Mitgliedstaat nicht verfälscht wird, ist nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und demnach auch nicht verboten. Vereinbaren beispielsweise mehrere deutsche Unternehmen eine Beschränkung des Wettbewerbs hinsichtlich des deutschen Marktes, ohne dass dadurch die Wahlmöglichkeit ihrer Marktpartner aus anderen Mitgliedstaaten verfälscht werden - etwa, indem sie ein gleiches Verhalten lediglich gegenüber ihren deutschen Lieferanten oder Abnehmern, jedoch nicht gegenüber ihren Marktpartnern aus anderen Mitgliedstaaten anwenden -, so kommt die Anwendung von Art.85 nicht in Betracht.

Materiellrechtlich ist also das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot überhaupt nur auf solche Vereinbarungen und Beschlüsse anzuwenden, die eine Beziehung zu mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten aufweisen. Eine solche Beziehung kann einmal darin bestehen, dass Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten an dem Kartell beteiligt sind, zum anderen darin, dass mehrere in einem Mitgliedstaat ansässige Unternehmen die Verfälschung des zwischen ihnen möglichen Wettbewerbs auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaates bezwecken oder bewirken.

Es bleibt zu prüfen, inwieweit das materiellrechtliche Verbot des Art.85 auf Kartelle mit Berührungen zu Drittstaaten

anwendbar ist. Solche Kartelle können als Vereinbarungen zwischen Unternehmen der Gemeinschaft vorkommen, die ihre Wirkungen auf Märkte in Drittstaaten erstrecken, oder als Vereinbarungen zwischen Unternehmen aus Drittstaaten mit Einwirkungen auf den Gemeinsamen Markt. Ebenso können sie als Vereinbarungen zwischen Unternehmen der Gemeinschaft und aus Drittstaaten vorkommen, die ihre Wirkungen auf den Gemeinsamen Markt und auf den Markt in Drittstaaten oder auf einen dieser beiden Märkte erstrecken.

Es ist also die Frage, welchen internationalen Anwendungsbereich das Kartellverbot und die daran geknüpfte Nichtigkeit haben. Der Vertrag sagt darüber nichts Ausdrückliches aus. Die Sachnormen, Verbot und Nichtigkeitserklärung, gelten schlechthin; um sie räumlich abgrenzen zu können, bedürfen sie noch eines hinzutretenden Rechtssatzes des Inhalts, inwieweit sie auf internationale Sachverhalte Anwendung finden sollen.

Es ist die Frage, ob in den Sachnormen selbst eine Aussage über deren internationalen Anwendungsbereich zu finden ist oder ob sich der selbstgewollte Anwendungsbereich aus dem Gesamtrahmen des Vertrages ergibt.

1. Abschnitt. Der internationale Anwendungsbereich des Verbots

A. Grundsatz der Territorialität

I. Der Grundsatz

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft ein Subjekt des Völkerrechts ist. Denn der Vertrag weist ihr ausdrücklich Rechtspersönlichkeit zu,¹⁾ gibt ihr Zuständigkeiten zur Rechtssetzung auf

1) Art.210; s. dazu Wohlfarth in Wohlfarth/Everling zu Art.210; Thiesing in von der Groeben/Boeckh, Anm.1 b zu Art.210.

bestimmten einzeln genannten Gebieten und macht sie völkerrechtlich vertragsfähig.¹⁾

Für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft gilt also auch der völkerrechtliche Grundsatz der Territorialität,²⁾ d.h. der Grundsatz, dass das auf Grund des Vertrages entstandene und entstehende Gemeinschaftsrecht nur in dem Hoheitsgebiet der Vertragspartner anwendbar ist, in dem der Vertrag gilt. Denn es ist ein grundlegendes Prinzip des Völkerrechts, dass Eingriffe eines Staates oder einer Staatengemeinschaft in das Hoheitsgebiet eines anderen Staates oder einer anderen Staatengemeinschaft unzulässig sind, es sei denn, dass solche Einwirkungen durch Vertrag oder einseitige Anerkennung zugelassen werden.³⁾ Wie der Ständige Internationale Gerichtshof im Lotus-Fall feststellt, bedeute die wichtigste Einschränkung, die das internationale Recht den Staaten auferlege, den Ausschluss jeder Ausübung ihrer Macht auf dem Gebiet eines anderen Staates, es sei denn, dass dieser es gestatte.⁴⁾ Der einseitig erhobene Anspruch eines Völkerrechtssubjekts auf Geltung seiner Rechtsvorschriften über den Bereich der eigenen Grenzen hinaus wäre ein völkerrechtswidriger Eingriff in den Hoheitsbereich jenes anderen Völkerrechtssubjekts.⁵⁾

Das Kartellverbot ist also nur dort anwendbar, wo es kraft der Aussage des Vertrages gilt.

1) Art. 228, 238.

2) Dahm, Völkerrecht, Bd.I, S.250 ff., S. 39; Verdross, Völkerrecht, 4.Aufl. 1959, S.267 f.; Geck in Strupp-Schlochauer I, S.795; Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht Bd.IV, S.492 ff.

3) Dahm, aaO, S.250 ff., 262.

4) Entscheidungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofes Bd.5, S.89.

5) Würdinger in WuW 1956, S.775.

II. Der Geltungsbereich

Der örtliche Geltungsbereich des Vertrages ist in Art.227 geregelt. Danach gilt der EWGV für das Königreich Belgien, die Bundesrepublik Deutschland,¹⁾ die Französische Republik, die Italienische Republik, das Grossherzogtum Luxemburg und das Königreich der Niederlande, sowie für die europäischen Hoheitsgebiete, deren auswärtige Beziehungen ein Mitgliedstaat wahrnimmt.²⁾

Für die in Anhang IV des Vertrages aufgeführten ausser-europäischen Länder und Hoheitsgebiete, die mit Belgien, Frankreich, Italien und den Niederlanden besondere Beziehungen unterhalten oder unterhalten haben, gilt jedoch ein besonderes Assoziierungssystem, das im 4. Teil des Vertrages und in dem Durchführungsabkommen über die Assoziierung der überseeischen Länder und Hoheitsgebiete mit der Gemeinschaft³⁾ festgelegt ist. Für diese Gebiete gilt das Kartellverbot also nicht. Eine Ausnahme bilden die französischen überseeischen Territorien, die staatsrechtlich Teile der Metropole sind. Seitdem Algerien unabhängig geworden ist, gehören dazu nur noch die überseeischen Departements: Réunion, Guadeloupe, Martinique und Guyana.⁴⁾ Sie sind

- 1) auch in Westberlin. Die Bundesregierung hatte sich bei der Unterzeichnung des EWGV vorbehalten zu erklären, dass der Vertrag auch für das Land Berlin gelten soll (Schlussakte der Regierungskonferenz in BGBl. 1957 II, S.755); diese Erklärung ist in Art.4 des Ratifizierungsgesetzes abgegeben worden (BGBl. 1957 II, S.753) mit dem Vorbehalt, dass das Land Berlin die Anwendung des Vertrages feststellt, das ist durch das 25. Gesetz über die Anwendung von Bundesgesetzen über internationale Abkommen der Bundesrepublik geschehen (GVBl. Berlin 1957, S. 1791).
- 2) Art.227 Abs.I und IV; als europäische Hoheitsgebiete im Sinne von Abs.IV kommen Monaco, San Marino und Andorra in Betracht.
- 3) BGBl. 1957 II, S. 998 ff.
- 4) Das Verhältnis des unabhängigen Algeriens zur EWG steht noch nicht fest; es wird einer besonderen vertraglichen Regelung bedürfen. Der Systematik des Vertrages entsprechend, dürften die Vorschriften über die Assoziierung der überseeischen Länder und Hoheitsgebiete und des Abkommens über die Assoziierung der überseeischen Länder und Hoheitsgebiete auf Algerien anwendbar sein.

grundsätzlich in den Gemeinsamen Markt einbezogen; für sie gelten die in Art.227 Abs.II genannten Bestimmungen des Vertrages unmittelbar mit Inkrafttreten des Vertrages, die übrigen Bestimmungen auf Grund einer Entscheidung des Rates. Das Kartellverbot gehört zu den Bestimmungen, die für diese Gebiete unmittelbar mit Inkrafttreten des Vertrages Geltung erlangen.¹⁾

Das Kartellverbot gilt also in erster Linie in den europäischen Teilen der europäischen Mitgliedstaaten.

Die Geltung von Vertragsvorschriften in EWG-Drittländern ist ausgeschlossen; damit kann auch Art.85 nicht im EWG-Ausland angewandt werden. Die Gerichte der Mitgliedstaaten und die Kommission können also die Befolgung des in Art.85 normierten Verbots in Drittstaaten nicht durchsetzen. Entscheidungen der Kommission, mit denen diese Geldbussen wegen Zuwiderhandlungen gegen das Verbot festgesetzt, können in einem Drittstaat nicht vollstreckt werden. Die Kommission kann ausserhalb des Geltungsbereichs des Vertrages auch keine Auskünfte von Unternehmen verlangen, die in Drittstaaten beheimatet sind. Sie kann bei solchen Unternehmen ausserhalb der Gemeinschaft ebensowenig Nachprüfungen vornehmen, auch wenn sie sie innerhalb der Gemeinschaft anordnet.

B. Anknüpfung bei der Anwendung des Verbots

Wenn die Geltung des Vertrages an den Grenzen der Gemeinschaft endet, so bedeutet das allerdings noch nicht, dass von der Geltung der Vertragsvorschriften nur Personen oder Tatbestände erfasst werden, die sich innerhalb des Hoheitsgebietes der Gemeinschaft aufhalten oder abspielen. Die Gemeinschaft kann auch Hoheitsmacht über bestimmte Tatbestände oder Personen ausüben, die sich im Ausland befinden,

1) Art.227 Abs.II.

die aber irgendeine Beziehung zum Hoheitsgebiet der Gemeinschaft aufweisen. Denn jeder Staat und jede Staatengemeinschaft kann in den Grenzen, die ihnen das Völkerrecht setzt, alle Tatbestände rechtlich regeln, die eine Beziehung zu ihrem Hoheitsgebiet aufweisen.¹⁾ Wie der Ständige Internationale Gerichtshof in dem bereits zitierten Lotus-Fall entschied, untersage das Völkerrecht den Staaten keineswegs, auch Personen und Handlungen ausserhalb ihres Hoheitsgebietes durch Gesetze und Jurisdiktion zu erfassen. Es stehe vielmehr jedem Staat frei, die Tatbestände zu regeln, die er für regelungsbedürftig halte.²⁾

So bestimmt z.B. das deutsche Recht die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auch auf im Ausland begangene Delikte, soweit der Täter deutscher Staatsangehöriger ist.³⁾ Die Beziehung zum deutschen Hoheitsgebiet liegt hier in der deutschen Staatsangehörigkeit des Täters. Darüber hinaus erklärt sich das deutsche Strafrecht auch auf solche nicht von deutschen Staatsangehörigen im Ausland begangene Delikte für anwendbar, wenn durch sie bestimmte deutsche Interessen, wie z.B. die deutsche Verfassung⁴⁾ oder deutsche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse⁵⁾ oder in der ganzen Welt anerkannte Prinzipien, wie z.B. die Münzwahrheit,⁶⁾ verletzt werden. In diesen Fällen liegt die Beziehung zum deutschen Hoheitsgebiet in der Verletzung dieser speziell deutschen Interessen oder der in der ganzen Welt (also auch in Deutschland geltenden) anerkannten Prinzipien.

1) Dahm, aaO, S.254 f.; Verdross, aaO; Heiz, Das fremde öffentliche Recht, 1959, S.28 f.; Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Bd.IV, S.98, 124 ff.; Verdross, Völkerrecht, S.248; Herndl in Strupp-Schlochauer II, S.433.

2) aaO, S.90.

3) § 3 Abs. I StGB.

4) § 4 Abs. III, Z.2 StGB.

5) § 4 Abs. III, Z.5 StGB.

6) § 4 Abs. III, Z.7 StGB.

Welcher Art die Beziehung eines internationalen Kartellsachverhalts zu der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sein muss, um das Verbot des Art.85 Abs.I für anwendbar erklären zu können, müsste sich aus dem Vertrag ergeben; denn der Vertrag ist die Basis des in allen Mitgliedstaaten geltenden Gemeinschaftsrechts und nur dieser kann die Beziehung bestimmen, an die die Anwendbarkeit des Verbots auf Kartelle mit internationalem Sachverhalt geknüpft ist.

Der EWGV enthält keine ausdrückliche Beziehungsnorm. Sachlich-rechtlich macht der Vertrag die Anwendbarkeit des Kartellverbots allein davon abhängig, ob durch die Vereinbarung eine Verfälschung oder Einschränkung des Wettbewerbs bewirkt oder bezweckt wird. Es genügt also das bloße Bezwecken einer Verfälschung des Wettbewerbs, die bloße Absicht der beteiligten Unternehmen, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu verfälschen. Es ist jedoch ausserordentlich fraglich, ob es der Wille der Vertragspartner gewesen ist, das Verbot auch auf internationale Sachverhalte anzuwenden, an denen ausschliesslich Unternehmen beteiligt sind, die in Drittländern ansässig sind und die lediglich eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken, ohne dass die Beschränkung des Wettbewerbs tatsächlich innerhalb des Gemeinsamen Marktes praktiziert worden wäre; denn ein solcher Sachverhalt weist keinerlei Beziehungspunkte zu der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf.

In Art.85 könnte versteckt eine Beziehungsnorm enthalten sein.¹⁾ Denn die Vorschrift ist nur auf Vereinbarungen und Beschlüsse anwendbar, die eine Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

1) Schwartz in Kartelle und Monopole I, S.680 f. weist nach, dass der grösste Teil der Kartellgesetze der Welt ihren internationalen Anwendungsbereich nicht ausdrücklich bestimmen.

In der überwiegenden Zahl der Fälle versteht der Vertrag unter dem Begriff "Gemeinsamer Markt" zwar einen wirtschaftlichen Zustand,¹⁾ bei dem der Waren- und Leistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten von allen einzelstaatlichen Beschränkungen befreit ist und in dem binnenmarkt-ähnliche Verhältnisse bestehen. In Art.85 Abs.I nimmt der Begriff mit der Wendung "innerhalb des Gemeinsamen Marktes" jedoch deutlich eine räumliche Bedeutung an.

Art.85 sagt allerdings noch nichts darüber aus, worin die Beziehung eines internationalen Kartellsachverhalts innerhalb des Gemeinsamen Marktes liegen muss, um das Verbot zur Anwendung zu bringen. Es sind folgende Lösungen möglich. Art.85 könnte die Forderung enthalten,

1. dass die Kartellhandlung innerhalb des Gemeinsamen Marktes erfolgt,
2. dass speziell der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes verfälscht wird,
3. dass lediglich wirtschaftliche Auswirkungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes aufzuweisen sind,
4. dass die beteiligten Unternehmen innerhalb des Gemeinsamen Marktes ansässig sind, oder
5. dass sich lediglich ein Teil eines irgendwo in der Welt ansässigen Unternehmens innerhalb des Gemeinsamen Marktes befindet.

I. Die Anknüpfung bei der Anwendung von Kartellgesetzen in anderen Rechtsordnungen

In den Mitgliedstaaten gibt es keinen allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz, aus dem eine Aussage über die Anwend-

1) z.B. Art.2, 8, 38, 92.

barkeit von Kartellgesetzen auf internationale Sachverhalte entnommen werden könnte; nur ein Teil der Mitgliedstaaten hat Kartellgesetze und von den Staaten mit Kartellgesetzen regeln nur die Bundesrepublik Deutschland und zum Teil auch Frankreich und die Niederlande deren internationalen Anwendungsbereich. Auch der EGKSV regelt die Anwendbarkeit seines Kartellverbots nicht ausdrücklich; es finden sich lediglich im Schrifttum zu Art.65 EGKSV Aussagen über dessen internationale Anwendbarkeit. Allein die Rechtsprechung amerikanischer Gerichte bietet ein reiches Anschauungsmaterial zur Anwendung der amerikanischen Kartellgesetze auf internationale Sachverhalte.

Es soll deshalb nach einer kurzen Darstellung der Regelung in den drei Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich und Holland und einer Erörterung des Schrifttums zur internationalen Anwendbarkeit des Kartellverbots des EGKSV auch amerikanisches Recht zu Wort kommen.

1. Der internationale Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Die internationalprivatrechtliche, internationalverwaltungsrechtliche und internationalstrafrechtliche Anwendung des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist in § 98 Abs.II dieses Gesetzes geregelt.¹⁾ Danach findet das Gesetz auf alle Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung, die sich im Geltungsbereich des GWB auswirken, auch wenn sie ausserhalb dieses Gesetzes veranlasst werden. Das GWB gilt im Bereich der Bundesrepublik Deutschland und im Land Berlin.²⁾

1) dazu Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht, S.165 ff..

2) § 107 GWB.

Was unter Auswirkung im Sinne von § 98 Abs.II GWB zu verstehen ist, ist ausserordentlich umstritten. Langen verlangt neben der blossen Inlandsauswirkung, dass die Wettbewerbsbeschränkung im Inland tatsächlich festgestellt werden kann.¹⁾ Würdinger fordert, dass das im Ausland veranlasste Kartell auf das Inland gezielt ist.²⁾

Kronstein macht geltend, das Gesetz könne nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die Partner des im Ausland veranlassenden Kartells auch im Inland gehandelt haben.³⁾ Eingehend begründet hat Schwartz⁴⁾, dass es sich bei dem Begriff der Inlandsauswirkung richtigerweise nicht um irgendwelche volkswirtschaftlichen Konsequenzen für den Inlandsmarkt handeln könne; Inhalt des Begriffs der Auswirkung sei vielmehr, dass sich die irgendwo von irgendwem veranlasste Wettbewerbsbeschränkung auf das von der einschlägigen Sachnorm für das Inland geschützte Rechtsgut unmittelbar auswirke, d.h. auf den Wettbewerb und die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung in Bezug auf das Bundesgebiet. Da es dem Gesetz lediglich um die Erhaltung der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung hinsichtlich der inländischen Märkte gehe, kämen die Sachnormen nur dann zur Anwendung, wenn durch den internationalen Sachverhalt ein Eingriff in dieses Rechtsgut erfolge. Durch irgendwelche Rück-, Neben- oder Fernwirkungen einer ausländischen Wettbewerbsbeschränkung im Inland werde die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung in der Bundesrepublik Deutschland nicht berührt.

1) Kommentar 3. Aufl., Anm. B III, 3 zu § 98.

2) in WuW 1960, S. 315.

3) in Festschrift für Yntema, S.442; in Strupp-Schlochauer II, S.209 hat Kronstein diese Ansicht jedoch anscheinend aufgegeben.

4) aaO, S. 36 ff.

Das Gesetz findet also auch auf solche Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung, die ausserhalb der Bundesrepublik Deutschland veranlasst werden. Es genügt, dass von der im Ausland veranlassenden, von dort ausgehenden Kartellhandlung bestimmte Wirkungen auf das geschützte Rechtsgut des Wettbewerbs und der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung hinsichtlich des Marktes in der Bundesrepublik eintreten. Die Anwendung des Gesetzes ist also nicht davon abhängig, dass die wettbewerbsbeschränkende Handlung oder Verwirklichung der Handlung sich im Inland vollzieht, auch nicht, dass der Sitz der Vertragspartner im Inland liegt oder die Vertragspartner die inländische Staatsangehörigkeit haben, sondern die Anwendung der Sachnormen des Gesetzes ist allein abhängig von den genannten speziellen Auswirkungen der wettbewerbsbeschränkenden Handlung, die im Inland eintreten.

Andererseits findet § 1 GWB auf solche Kartelle keine Anwendung, die sich lediglich auf ausländische Märkte beziehen.¹⁾ Denn der deutsche Gesetzgeber hat nur die deutsche Wirtschaft rechtlich ordnen wollen und können; für Wirtschaftsgebiete ausserhalb seines Hoheitsbereiches konnte er gar nicht Sorge tragen.²⁾ Wettbewerbsbeschränkungen mit internationalem Sachverhalt, die sich lediglich auf Auslandsmärkten auswirken, fallen demnach nicht unter § 1 GWB, mögen auch inländische Unternehmen an einem solchen Kartell

1) A.A. allerdings Müller-Henneberg in WuW 1961, S.314 f.; danach soll das Gesetz auch Kartelle erfassen, die sich im Ausland auswirken. Diese Ansicht steht aber wohl mit dem Wortlaut und Zweck von § 98 Abs.II GWB und dem Schutzbereich des Gesetzes in Widerspruch, das nur den inländischen Markt schützen will.

2) Würdinger in WuW 1956, S.775 f.; ders. in WuW 1960, S.316; Schwartz, aaO, S. 38.

beteiligt sein.¹⁾

§ 6 GWB bestätigt das. Der Erlaubnispflicht unterliegen nur solche Exportkartelle, die auch Bindungen hinsichtlich des Wettbewerbs auf dem inländischen Markt aufweisen.²⁾ Exportkartelle, die ausschliesslich die Regelung des Wettbewerbs auf Auslandsmärkten zum Ziel haben, nimmt das Gesetz von § 1 GWB aus.³⁾ Das Gesetz unterwirft diese Kartelle lediglich einer Anmeldepflicht⁴⁾ und einer Missbrauchsaufsicht,⁵⁾ denn es besteht die Möglichkeit, dass "sie die von der Bundesrepublik Deutschland in zwischenstaatlichen Abkommen anerkannten Grundsätze über den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen verletzen",⁶⁾ oder dass sie eine Umgehung von § 1 GWB bezwecken. Exportkartelle sollen also auf ihre Vereinbarkeit mit internationalen Verträgen überprüft werden können, die die Bundesrepublik mit anderen Staaten zum Schutz des Wettbewerbs im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr abgeschlossen hat. Ausserdem sollen durch Exportkartelle keine Möglichkeiten der Umgehung von § 1 GWB eröffnet werden. Die beiden Bestimmungen § 9 Abs.II und § 12 GWB begründen also

1) Baruch in W.V. 161, S.532 ff. will allerdings auch solche sich lediglich im Ausland auswirkenden Kartelle dem § 1 GWB unterstellen, soweit eines der beteiligten Unternehmen seinen Sitz im Inland hat. Diese Ansicht dürfte jedoch mit § 98 Abs.II GWB nicht vereinbar sein, der das Gesetz nur auf solche Sachverhalte für anwendbar erklärt, die sich auf den Schutzbereich des GWB, also den Wettbewerb im Inland auswirken.

2) Mayer-Wegelin in Gemeinschaftskommentar, Anm.7 ff. zu § 6.

3) § 6 Abs.I GWB; s. dazu Schwartz, aaO, S. 47 ff.

4) § 9 Abs. I GWB.

5) § 12 GWB.

6) § 12 Abs.I, Z. 1 GWB.

nur eine Überwachungsfunktion der Kartellbehörden. Sie tasten den Grundsatz nicht an, dass Exportkartelle von § 1 GWB ausgenommen sein sollen.¹⁾

§ 1 GWB ist nach alledem auf alle Kartellvereinbarungen mit internationalem Sachverhalt anwendbar, die sich in der Bundesrepublik Deutschland oder in Westberlin auswirken. Die Beziehung zum Inland für die Anwendbarkeit von § 1 GWB auf internationale Sachverhalte liegt allein in deren Auswirkung.

Die Vorschrift ist also auch auf Kartelle zwischen Unternehmen anwendbar, die im Ausland ansässig sind und die eine Kartellhandlung im Ausland vornehmen, soweit diese Handlung Auswirkungen im Inland hat. Unter § 1 GWB fallen demnach nicht nur Importkartelle deutscher Unternehmen, sondern auch Kartelle ausländischer Unternehmen, die den Export nach Deutschland regeln, sowie internationale Kartelle, die sich auf Inlands- und Auslandsmärkte beziehen.

Andererseits ist § 1 GWB jedoch nicht anwendbar auf Kartelle zwischen inländischen Unternehmen allein oder zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen, soweit diese sich lediglich auf Märkten ausserhalb der Bundesrepublik Deutschland auswirken. Die Vorschrift findet also keine Anwendung auf Exportkartelle inländischer Unternehmen und internationale Kartelle, die lediglich den Wettbewerb auf ausländischen Märkten regeln.

1) Das verkennt Pinder in WuW 1958, S. 572 ff. Er folgert aus dem Wortlaut von § 6 Abs. I GWB, dass das Gesetz nur solche Exportkartelle erfasse, die schon dem § 1 unterliegen. Da gemäß § 98 Abs. II GWB nur solche Kartelle dem § 1 unterliegen, die sich im Inland auswirken, fänden § 6 Abs. I und damit auch § 9 Abs. II und § 12 GWB keine Anwendung auf reine Exportkartelle; wie hier auch Hefermehl in Baumbach-Hefermehl, Anm. 3 zu § 6 GWB.

2. Der internationale Anwendungsbereich der französischen Preisverordnung No.45 - 1483¹⁾

Die französische Preisverordnung bestimmt ihren internationalen Anwendungsbereich nicht ausdrücklich. Sie nimmt jedoch Exportsachverhalte von den Bestimmungen aus; § 62 der ordonnance lautet:

"Les dispositions de la présente ordonnance ne s'appliquent pas aux exportations directes ou par commissionnaire vers l'étranger".²⁾

Daraus darf geschlossen werden, dass das Kartellverbot des Art.59 bis solche internationalen Kartellsachverhalte, die sich lediglich auf Märkte ausserhalb der Republik Frankreich beziehen, nicht erfassen will. Die Vorschrift findet also keine Anwendung auf Exportkartelle zwischen französischen und ausländischen Unternehmen, die lediglich den Wettbewerb auf ausländischen Märkten regeln.

Wohl aber ist das Verbot anwendbar auf internationale Kartelle, an denen französische und ausländische Unternehmen beteiligt sind und die sich auch auf eine Regelung des Wettbewerbs innerhalb der Republik Frankreich beziehen. Das ergibt sich deutlich aus dem avis der Commission Technique des Ententes vom 17.3.1956, in dem es u.a. heisst:

"Les quatre principaux producteurs ont adhéré à une entente internationale qui, dans la mesure où elle comporterait des pratiques restrictives de la libre concurrence sur le territoire national tomberait dans le champ d'application des dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945".³⁾

Inwieweit Art.59 bis allerdings Kartelle zwischen ausschliesslich ausländischen Unternehmen erfasst, die eine Regelung des Wettbewerbs auf dem französischen Markt zum Inhalt oder irgendwelche Auswirkungen wirtschaftlicher Art

1) S.S. 54 ff.

2) Sirey, Lois Annotées 1945, S. 1903.

3) in Journal Officiel (Editions des Documents Administratifs) vom 14.1.1960, S. 21.

auf den französischen Markt haben, ist weder in der "ordonnance" bestimmt, noch erscheint diese Frage in einer der Stellungnahmen der Commission Technique des Ententes. Das französische Recht sagt also nichts darüber aus, ob die bloße Auswirkung eines im Ausland veranlassten Kartells auf die Marktverhältnisse innerhalb der französischen Republik genügt, um das Kartellverbot des Art.59bis für anwendbar zu erklären, oder ob dazu auch der Sitz, zumindest eines Teils, der Kartellpartner sich im französischen Inland befinden muss.

3. Der internationale Anwendungsbereich des niederländischen Gesetzes zur Regelung des wirtschaftlichen Wettbewerbs

Ebensowenig wie das französische Kartellverbot sagt das niederländische Gesetz zur Regelung des wirtschaftlichen Wettbewerbs etwas über seinen internationalen Anwendungsbereich aus. Es bestimmt lediglich in seinem Art.4 Abs.I, dass der zuständige Minister eine Ausnahme von der Anmeldepflicht für Wettbewerbsregelungen gewähren kann, in denen nicht wirtschaftlicher Wettbewerb in den Niederlanden geregelt wird. Eine grundsätzliche Ausnahme von der Anmeldepflicht ist durch Verordnung vom 3. Juni 1960¹⁾ für Wettbewerbsregelungen gewährt worden, die sich auf die Produktion, den Absatz und den Bezug von Gütern oder die Verrichtung und Inanspruchnahme von Dienstleistungen ausserhalb der Niederlande beziehen; ebenfalls sind durch die genannte Verordnung Wettbewerbsregelungen im Transport der. Anmeldepflicht enthoben, soweit bei diesen eine oder mehrere ausserhalb der Niederlande ansässige natürliche oder Rechtspersonen beteiligt sind.

1) Staatscourant vom 7.6.1960; deutsche Übersetzung in WuW 1961, S. 44.

Mit dieser Regelung wurden die betreffenden Unternehmen jedoch lediglich der gesetzlichen Anmeldepflicht entzogen. Die übrigen Vorschriften des Gesetzes bleiben durch diese Verordnung unberührt. Es muss daraus geschlossen werden, dass das niederländische Gesetz grundsätzlich auf alle Wettbewerbsregelungen von niederländischen Unternehmen sowie auf internationale Kartelle, an denen niederländische Unternehmen beteiligt sind, anwendbar ist, auch soweit diese nur eine Beschränkung des Wettbewerbs auf Märkten ausserhalb der Niederlande bewirken. Das niederländische Gesetz knüpft also seine Anwendbarkeit insoweit an die bloße Kartellhandlung.

Damit ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, ob das Gesetz auch auf solche Kartelle Anwendung finden soll, die im Ausland veranlasst sind und die nur bestimmte Auswirkungen auf den Wettbewerb oder die allgemeinen Marktverhältnisse in den Niederlanden haben, oder ob zu der Anwendung auch der Sitz mindestens eines Unternehmens innerhalb des niederländischen Inlands erforderlich ist. Das Gesetz lässt diese Frage offen.

4. Der internationale Anwendungsbereich von Art. 65 EGKS

a. Ähnlich dem Kartellverbot des EWGV bezieht sich das Kartellverbot des EGKS auf Kartelle, die darauf abzielen, auf dem Gemeinsamen Markt den normalen Wettbewerb zu verfälschen.

Hug¹⁾ hält dieses Verbot auf jeden internationalen Kartellsachverhalt für anwendbar, der sich im Gemeinsamen Markt der Montanunion auswirkt, also auch auf Kartelle von Unternehmen der Montanunion in Verbindung mit Unternehmen aus Drittstaaten und auf Kartelle von ausschliesslich mon-

1) in Kartelle und Monopole II, S. 618.

tanunionsfremden Unternehmen. Er räumt jedoch gleichzeitig ein, dass die qualifizierenden Voraussetzungen der einzelnen Vertragsbestimmungen bei der Bestimmung des internationalen Anwendungsbereichs von Art. 65 jeweils zu beachten seien.¹⁾ Art. 80 EGKSV bestimmt jedoch, dass Unternehmen im Sinne des Vertrages nur diejenigen Unternehmen sind, die innerhalb der europäischen Gebiete der Mitgliedstaaten²⁾ oder innerhalb der europäischen Gebiete, deren auswärtige Angelegenheiten einer der Mitgliedstaaten übernommen hat,³⁾ eine Produktionstätigkeit auf dem Gebiete von Kohle und Stahl ausüben; von dem Kartellverbot werden auch solche Unternehmen erfasst, die innerhalb der genannten Gebiete eine Vertriebstätigkeit auf dem Gebiet von Kohle und Stahl ausüben.⁴⁾

Aus diesem Grunde erscheint ausserst fraglich, ob die bloße Auswirkung eines internationalen Kartellsachverhalts auf den Gemeinsamen Markt als Anknüpfung für die Anwendung von Art. 65 EGKSV ausreicht. Sicher wird das Kartellverbot der Montanunion auf solche Kartelle keine Anwendung finden können, deren Beteiligte eine Produktions- oder Vertriebstätigkeit ausschliesslich ausserhalb der europäischen Gebiete der Mitgliedstaaten unterhalten, mögen diese Kartelle sich auch noch so sehr auf den Gemeinsamen Markt auswirken.

Denn die Anwendung von Art. 65 EGKSV erfordert über die bloße Auswirkung hinaus noch eine Sonderbeziehung zum Gemeinsamen Markt, nämlich eine Produktions- oder Vertriebstätigkeit der Beteiligten auf dem Gebiete von Kohle und

1) aaO, S. 619.

2) Art. 80 i. Verb. m. Art. 79 Abs. I EGKSV.

3) das sind Monaco, San Marino und Andorra.

4) Art. 80 2. Halbsatz i. Verb. m. Art. 79 Abs. I EGKSV; dazu Börs, "Judicial Control of the European Communities", 1962, S. 60 f.

Stahl. Spengler¹⁾ hält deshalb wohl auch mit Recht das Kartellverbot der Montanunion auf Kartelle zwischen ausschliesslich montanunionsfremden Unternehmen, die den Import in den Gemeinsamen Markt regeln, nicht für anwendbar.²⁾

Ob Art. 65 EGKSV auf Kartelle anwendbar ist, denen lediglich ein Unternehmen der Montanunion und mehrere Unternehmen aus Drittstaaten angehören, ist bestritten. Robert³⁾ und Reuter⁴⁾ sind der Ansicht, die Anwendung von Art. 65 erfordere eine Vereinbarung von mindestens zwei zur Montanunion gehörenden Unternehmen. Daig⁵⁾ dagegen meint, der Zweck des Kartellverbots werde durch solche Abreden nicht minder gefährdet, als wenn beide Partner Unternehmen der Gemeinschaft wären. Der stützende Effekt des Wettbewerbs, der durch den Vertrag geschützt werde, könne auch der Konkurrenz mit ausländischen Unternehmen innewohnen; deshalb müsse das Kartellverbot auch auf diese Vereinbarungen anwendbar sein.

Auf Exportkartelle zwischen Unternehmen der Montanunion, die die ausschliessliche Regelung des Wettbewerbs in Drittstaaten zum Inhalt haben, ist das Kartellverbot nach der überwiegenden Meinung des Schrifttums nicht anwendbar.⁶⁾

Daig⁷⁾ und Rosen⁸⁾ sind allerdings der Ansicht, dass Art. 65 EGKSV auch auf Exportkartelle anwendbar sein könne, da

1) in WuW 1954, S. 766.

2) Wohl aber fallen Importkartelle zwischen Unternehmen der Montanunion und Drittstaaten unter Art. 65 EGKSV, wenn diese die Einfuhr und den Umsatz in der Gemeinschaft regeln, so dass es sich um so genannte „Kartelle der Einfuhr“ handelt (vgl. z. B. Reuter, aaO, S. 128).

3) in Droit Social 1954, S. 571.

4) La CECA, 1953, S. 211; ebenso Kieseewetter, Das Wirtschaftsrecht des Schumanplans, 1954, S. 128.

5) aaO, S. 122 f.

6) Kieseewetter, Das Wirtschaftsrecht des Schumanplans 1954, S. 128; ferner in WuW 1954, S. 681 f.; Reuter, aaO, S. 121; Robert, aaO, S. 572; Boyer in J. de l'Éc. 1954, S. 360; ferner Fortsetzung siehe bitte Seite 120.

diese die verschiedenartigsten Rückwirkungen auf den Markt der Montanunion haben könnten. Seien die Ausführpreise besonders niedrig gehalten, so könnten sich die Montanunternehmen z.B. auf dem Markt der Montanunion schadlos halten. Auch die Hohe Behörde hat auf eine schriftliche Anfrage des Abgeordneten Nederhorst im Europäischen Parlament dahingehend geantwortet,¹⁾ dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Verteilung von Exportaufträgen zwischen Unternehmen der Montanunion auf den Gemeinsamen Markt zurückwirken und deshalb gegen Art.65 EGKEV verstossen könne.

Rosen²⁾ weist eine Beeinflussung der Marktverhältnisse innerhalb der Montanunion an Hand des Brüsseler Stahlexportkartells vom 19.3.1953³⁾ nach. Im Rahmen dieser Vereinbarung haben belgische, französische und luxemburgische, später auch deutsche und holländische Unternehmen Quoten für den Export in Drittstaaten festgelegt, die unter Vermeidung einer Vertragsstrafe nicht überschritten werden dürfen. Rosen meint, dadurch würden mittelbar auch die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gemeinsamen Markt beeinträchtigt. Denn der Handel im Bereich des Gemeinsamen Marktes sei so eng mit dem Export in dritte Länder verbunden, dass von einer wirtschaftlichen Einheit des zur Gemeinschaft gehörenden Marktes und den ausserhalb dieser liegenden Märkten gesprochen werden müsse. Deshalb müsse Art.65 auch auf Exportkartelle anwendbar sein.⁴⁾

Fortsetzung von Seite 119

in The Yale Law Journal 1953, S.8; Spengler in WuW 1954, S.766; Kieseewetter, aaO, S.69; von Simson in Gemeinschaftskommentar, Anm.27 zu § 101, Nr.3.

7) aaO, S. 133.

8) in University of Pennsylvania Law Review 1958, S.1104 ff.

1) ABl. 1961, S. 713.

2) aaO.

3) Bericht über dieses Kartell auch in WuW 1954, S.333.

4) Gegen die Brüsseler Stahlexportkonvention ist die Hohe Behörde jedoch bisher nicht eingeschritten. ABl. 1961, S. 713.

Nach Ansicht Isays¹⁾ kann es jedoch auf die bloßen Reflexwirkungen eines Exportkartells auf den Gemeinsamen Markt nicht ankommen. Wie Isay an mehreren Beispielen nachweist, hat ein Exportkartell immer gewisse Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft. So könne die gemeinsame Erhöhung der Exportpreise eine Exportdrosselung und dadurch einen verstärkten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt, schliesslich ein Sinken der Preise zur Folge haben. Oder umgekehrt die Ermäßigung der Exportpreise könne eine Erhöhung der Preise auf dem Binnenmarkt zur Folge haben, um sich für die beim Export erlittenen Verluste schadlos zu halten. Solche bloß wirtschaftlichen Folgen einer Wettbewerbsbeschränkung seien jedoch für die Anwendung von Art.65 EGKSV unbeachtlich. Die Anwendung von Art.65 EGKSV auf internationale Sachverhalte wird also teilweise an deren Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt geknüpft, wobei die einen darüber hinaus eine Produktions- oder Vertriebstätigkeit von mindestens zwei Unternehmen innerhalb des Gemeinsamen Marktes, andere eine solche besondere Beziehung zum Gemeinsamen Markt nur für ein einziges Unternehmen fordern, teilweise wird die Anwendung von Art.65 auf internationale Sachverhalte an deren bloße Reflexwirkungen auf den Gemeinsamen Markt geknüpft.

b. Ebenso wie Art.80 EGKSV macht Art. 196 EuratomV die Bestimmungen dieses Vertrages nur auf Personen anwendbar, die ihre Tätigkeit ganz oder teilweise in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiete der Kernenergie ausüben. Als Unternehmen im Sinne dieses Vertrages wird jede Einrichtung angesehen, die ihre Tätigkeit ganz oder teilweise in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiete der Kernenergie ausübt. Wie Art. 196, b aus-

1) in WuW 1953, S. 586.

drücklich erklärt, spielt die öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Stellung der Unternehmen und Einrichtungen dabei keine Rolle.

5. Der internationale Anwendungsbereich des Sherman Act

Der Sherman Act verbietet alle Vereinbarungen und Zusammenschlüsse, durch welche der Handel zwischen den amerikanischen Einzelstaaten oder der Handel mit ausländischen Nationen beeinträchtigt wird.¹⁾ Schon der Wortlaut dieser Vorschrift unterscheidet sich wesentlich von dem des EGKSV und des EWGV; denn der Sherman Act erklärt nicht nur Beschränkungen des Wettbewerbs innerhalb der Vereinigten Staaten, sondern auch die Beeinträchtigung des Handels mit ausländischen Staaten für verboten. Auf Grund dieses Wortlauts haben die amerikanischen Bundesgerichte dem Sherman Act einen sehr weiten internationalen Anwendungsbereich gegeben. Es sollen im folgenden für die einzelnen relevanten Gruppen jeweils einige Fälle aus der Judikatur genannt werden.

a. Der US Supreme Court hat in ständiger Rechtsprechung den Sherman Act auf Vereinbarungen zwischen amerikanischen und ausländischen Unternehmen angewandt, durch welche der Aussenhandel der Vereinigten Staaten in irgendeiner Weise beeinträchtigt wurde.²⁾

So wurde das Verbot des Sherman Act zum Beispiel auf eine Vereinbarung zwischen der amerikanischen American Tobacco

1) Every contract ... in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations ...

2) US. v. American Tobacco Co. 221 US 106 ff. (1911); US. v. Socony Vacuum Oil Co. 310 US 150 ff. (1940); US. v. National Lead Co. 332 US 348 ff. (1947) (Vorinstanz 63 F. Supp. 524 (SD.N.Y. 1945); US. v. Timken Roller Bearing Co. 341 US 593 ff. (1951); US. v. Holophane Co Inc. 352 US 903 ff. (1956); S. auch Kronstein, Miller, Schwartz, Modern American Antitrust Law, 1958, S. 240 ff., 248 f.

Company und der Imperial Tobacco Company, einem britischen Unternehmen, für anwendbar erklärt, weil sich die Beteiligten verpflichtet hatten, ihre Absatzgebiete auf die jeweiligen Heimatmärkte zu beschränken und sich auf Märkten dritter Staaten keine Konkurrenz zu machen.¹⁾

Ebenso wurde der Sherman Act auf eine Vereinbarung zwischen der amerikanischen Timken Roller Bearing Co., einem britischen und einem französischen Unternehmen für anwendbar erklärt. Diese hatten sich Beschränkungen in der Produktion und im Absatz auferlegt, hatten sich zur Einhaltung gemeinsamer Preise verpflichtet und ihre Absatzgebiete untereinander aufgeteilt.²⁾

Wie Justice Black in der Entscheidung ausführt, sei durch diese Vereinbarung der Aussenhandel der Vereinigten Staaten beschränkt und wenn der Sherman Act auf derartige Verträge nicht anwendbar sei, dann würde er bloß ein "dead letter" sein.³⁾

In dem Falle US v. National Lead Company wurde der Sherman Act auf ein internationales Kartell zwischen der amerikanischen National Lead Company und mehreren ausländischen Unternehmen angewandt, durch das der Weltmarkt für Titanerze in Einflusszonen eingeteilt wurde. In der Entscheidung des Southern District Court of New York heisst es: "The object of the Government's attack is a conspiracy in the U.S. affecting American commerce, by acts done in the U.S. as well as abroad".⁴⁾

b. § 1 Sherman Act ist auch auf solche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen anwendbar, an denen lediglich ausländische Unternehmen beteiligt sind, soweit diese Absprachen

1) US. v. American Tobacco Co. 221 US 106.

2) 341 US 595, 596.

3) 341 US 599.

4) Federal Supplement, Jahrgang 1945, Bd. 63, S.525 (zitiert 63 F. Supp. 525, S.D.N.Y., 1945); bestätigt vom US Supreme Court 332 US 348 ff. (1947):

sich auf den Aussenhandel der United States auswirken.¹⁾ So hat der 2nd Circuit Court of Appeals den Sherman Act auf eine Vereinbarung angewandt, an der kein amerikanisches Unternehmen beteiligt war.²⁾

Die Aluminium Limited, ein in Kanada ansässiges Unternehmen, hatte mit einer französischen, zwei deutschen, einer schweizerischen und einer englischen Gesellschaft eine gemeinsame Dachgesellschaft in der Schweiz errichtet, die den einzelnen Gesellschaftern nach ihren Anteilen Produktionsbeschränkungen auferlegen durfte. Das Schweizer Dachorgan setzte für die einzelnen Unternehmen verbindliche Produktionsquoten fest, deren Einhaltung durch ein System verbürgt wurde, nach dem die Dachorganisation die von den Unternehmen nicht abgesetzte Menge der Quote zu einem festgesetzten Preis aufkaufte; später wurde das System in der Weise verändert, dass die beteiligten Unternehmen für jede über die Quote hinaus produzierte Menge eine Abgabe in eine gemeinsame Kasse entrichten mussten, deren Inhalt von Zeit zu Zeit anteilsmäßig unter die Unternehmen verteilt wurde. Die Quotenfestsetzung betraf auch die Einfuhr in die Vereinigten Staaten. Zwar war das nicht ausdrücklich in der Vereinbarung enthalten; jedoch waren sich alle beteiligten Unternehmen darüber einig.³⁾ Die Anwendbarkeit des Sherman Act auf dieses internationale Kartell begründete Circuit Judge Hand damit, dass jeder Staat seinem Recht auch solche Personen unterwerfen darf, die sich ausserhalb seines Hoheitsgebietes aufhalten und die Handlungen im Ausland begehen, deren Folgen im Inland ein-

1) Kronstein, Miller, Schwartz, aaO, S. 271 ff.

2) United States v. Aluminium Company of America et al. in Federal Reporter, Second Series, Jahrgang 1945, Bd. 148, S. 416 ff. (zitiert im folgenden 148 F. 2d 416 ff. (1945)).

3) 148 F. 2d 416 (443).

treten.¹⁾ Der Sherman Act verbiete eben auch Handlungen, die eine tatsächliche Auswirkung auf die Einfuhr in die Vereinigten Staaten haben.²⁾ Die Vereinbarung zwischen der Aluminium Limited und den europäischen Unternehmen, durch die Produktionsquoten festgesetzt wurden, habe die Regelung des Imports in die Vereinigten Staaten bezweckt. Da der Beweis des Gegenteils nicht erbracht worden sei, habe die Vereinbarung sich auch tatsächlich auf die Einfuhr in die Vereinigten Staaten ausgewirkt.³⁾

Nach dieser Rechtsprechung ist es für die Anwendbarkeit des Sherman Act also unbeachtlich, wo die Beteiligten der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ihren Sitz haben und wo die wettbewerbsbeschränkende Handlung vorgenommen wird. Wesentlich ist allein, ob sich die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung auf den Handel zwischen Einzelstaaten oder auf den Aussenhandel der Vereinigten Staaten auswirkt. Geschützt ist ein von privaten Beschränkungen freier Handel, zu dem auch der Aussenhandel der Vereinigten Staaten gehört. Die Anwendbarkeit des Sherman Act richtet sich nach alledem danach, ob das Kartell sich auf den Aussenhandel der Vereinigten Staaten auswirkt.

Nun wird allerdings bei solchen Sachverhalten, die ihren persönlich-sachlichen Schwerpunkt im Ausland haben und lediglich gewisse Auswirkungen auf den Aussenhandel der Vereinigten Staaten aufweisen, die Durchsetzung des Kartellverbots des Sherman Act schwierig sein, so z.B. in dem Falle, das keines der an dem Vertrag beteiligten Unternehmen irgendwelche betrieblichen Beziehungspunkte mit den Vereinigten Staaten aufweist.

1) 148 F. 2d 443 - wörtlich heisst es in der Entscheidung: "... it is settled law that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends."

2) 148 F. 2d 444.

3) 148 F. 2d 444 f.

Deshalb bestimmt § 12 Clayton Act,¹⁾ dass die zuständigen Behörden und Gerichte nur dann Massnahmen gegen internationale Kartelle einleiten können, die Behörden und Gerichte also nur dann die verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit (jurisdiction in personam) haben, wenn eines der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen in den Vereinigten Staaten "inhabitant", "found" oder "transacting business" ist.²⁾ Denn es wäre den zuständigen Gerichten praktisch nicht möglich, ein Verfahren gegen die ausserhalb des Staatsgebietes der USA ansässigen Unternehmen einzuleiten. Die Rechtsprechung hat allerdings die Begriffe "found" und "transacting business" weit ausgelegt.

Danach kann ein Verfahren bereits gegen ein Unternehmen durchgeführt werden, das in den Vereinigten Staaten Geschäfte mit einer gewissen Regelmässigkeit betreibt. Die Geschäftstätigkeit der ausländischen Gesellschaft in den Vereinigten Staaten muss nur einen wesentlichen Teil der gesamten Geschäfte der Gesellschaft darstellen.³⁾ Auch schon dann haben die amerikanischen Behörden und Gerichte die verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit, wenn das ausländische Unternehmen lediglich ein Tochterunternehmen in den Vereinigten Staaten unterhält. Ist die inländische Gesellschaft lediglich "a mere adjunct of its parents", dem ausländischen Unternehmen, so ist der selbständige juristische Status der inländischen Gesellschaft unbeachtlich.⁴⁾

1) United States Code Annotated Bd. 15, § 22 (1951).

2) § 12 Clayton Act lautet: "Any suit, action or proceeding under the antitrust laws against a corporation may be brought not only in the judicial district whereof it is an inhabitant, but also in any district wherein it may be found or transacts business."

3) US v. Imperial Chemical Industries, Ltd. 100 F. Supp. 511 (S.D.N.Y. 1951); US v. Scophony Corp. of America 333 US 795 (1948).

4) US v. Watchmakers of Switzerland Information Center Inc. 133 F. Supp. 43 (S.D.N.Y. 1955); dazu Kronstein, Miller, Schwartz, aaO, S. 277 ff.; Fugate, Foreign Commerce, S. 61 ff.; Schwartz in Kartelle und Monopole II, S. 675.

c. Auf Kartelle zwischen Unternehmen, die sich ausschliesslich auf Märkte ausserhalb der Vereinigten Staaten beziehen, findet der Sherman Act nur beschränkt Anwendung.¹⁾ Reine Exportkartelle ausschliesslich amerikanischer Unternehmen sind gemäss Section 2 des Webb Pomerene Act von dem Verbot des Sherman Act ausgenommen.²⁾ Nur auf solche Exportkartelle, die gleichzeitig eine Inlandsbindung zum Inhalt haben oder den Export eines inländischen Mitbewerbers beschränken, ist der Sherman Act anwendbar. Hat ein Exportkartell lediglich mittelbar irgendwelche Auswirkungen auf amerikanische Unternehmen, die dem Kartell nicht angehören, so sind diese Wirkungen unbedeutlich.³⁾ Der District Court of Massachusetts hat z.B. in dem Fall United States v. Minnesota Mining and Manufacturing Company den Sherman Act⁴⁾ für nicht anwendbar erklärt, weil es sich um ein Exportkartell handelte. Die Minnesota Mining and Manufacturing Company war ein amerikanisches Vertriebsyndikat, über das die gesamte Ausfuhr der Mitglieder geleitet wurde und durch das bestimmte Exportquoten und -preise für die Mitglieder festgesetzt wurden. Das Gericht erklärt, wenn von einem solchen Kartell auch bestimmte nachteilige Wirkungen auf Aussenseiter in den Vereinigten Staaten ausgingen, so fle-

1) Kronstein, Miller, Schwartz, aaO, S. 260.

2) United States Code Annotated, Title 15 § 62; danach ist nicht verboten "an association entered into for the sole purpose of engaging in export trade...or an agreement...done in the course of export trade by an association, provided such association or agreement is not in restraint of trade within the United States and is not in restraint of the export trade of any domestic competitor of such association." Rashid in Kartelle und Monopole II, S. 727 ff.; Kronstein, Miller, Schwartz, aaO, S. 260.

3) Rashid, aaO, S. 731.

4) 32 F. Supp. 947 (D.Mass., 1958); s. auch Kronstein, Miller, Schwartz, aaO, S. 262 f.

len sie doch unter den Webb-Pomerene Act; denn mit Exportkartellen seien immer derartige Folgen verbunden.¹⁾

In einem Punkte hat die Rechtsprechung den Webb-Pomerene Act allerdings einengend ausgelegt. Sie stellt die Beteiligung amerikanischer Unternehmen an internationalen Kartellen, die sich lediglich auf Auslandsmärkten beziehen, von dem Sherman Act nicht frei.²⁾ So hat zum Beispiel der District Court des Southern District of New York in dem Falle United States v. United States Alkali Export Association et al.³⁾ den Sherman Act für anwendbar erklärt. Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Alkali Export Association war ein von mehreren amerikanischen Unternehmen nach den Vorschriften des Webb-Pomerene Act gegründetes Syndikat, über das der gesamte Export der Beteiligten geleitet wurde. Diese Association hatte mit der britischen Imperial Chemical Industries Ltd. und später auch mit der belgischen Solvay et Cie. eine Aufteilung ihrer Exportmärkte und die Festsetzung gemeinsamer Preise in diesen Gebieten vereinbart.

Wie District Judge Kaufmann ausführt, sei der Webb-Pomerene Act seiner historischen Grundlage und seinem Zweck nach nicht auf Exportkartelle anwendbar, durch die Ausschliesslichkeitsmärkte, Exportquoten und Preise auf internationaler Basis festgesetzt werden.⁴⁾ Derartige Regelungen ständen so sehr im Gegensatz zur amerikanischen Philosophie des freien Wettbewerbs, dass sie als verboten nach den Vorschriften des Sherman Act angesehen werden müssten.⁵⁾

1) 92 F. Supp. 963.

2) Rashid, aaO, S. 730.

3) 86 F.Supp. 59 ff. (S.D.N.Y. 1949); s. auch Kronstein, Miller, Schwartz, aaO, S. 261.

4) 86 F.Supp. 70.

5) 86 F.Supp. 70.

6. Ergebnis

In den Abschnitten 1.-5 ist gezeigt worden, dass die einzelnen Rechtsordnungen die verschiedensten Anknüpfungspunkte für die Anwendung von Kartellgesetzen auf internationale Sachverhalte wählen. Bei Kartellen zwischen ausländischen Unternehmen oder zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen

- knüpfen die einen die Anwendbarkeit ihrer Kartellgesetze an die bloße Auswirkung auf das Inland (so das deutsche Recht) oder
- sogar nur auf den Aussenhandel des betreffenden Staates (so das amerikanische Recht),
- andere fordern eine zusätzliche Beziehung zum Inland wie die Produktions- oder Vertriebstätigkeit mindestens eines oder zwei der beteiligten Unternehmen (so das Recht der EGKS).

Bei Exportkartellen zwischen ausschliesslich inländischen Unternehmen oder zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen wird die Anwendbarkeit der Kartellgesetze

- teils an die Kartellhandlung (so das niederländische Recht),
- teils an die bloß mittelbaren Auswirkungen des Kartells auf die inländischen Marktverhältnisse (so ein Teil des Schrifttums für das Recht der Montanunion)
- oder sogar nur auf den Aussenhandel geknüpft (so das amerikanische Recht),
- teils werden sie ganz von den Kartellgesetzen ausgeschlossen (so das deutsche und französische Recht, sowie der überwiegende Teil des Schrifttums für das Recht der Montanunion).

II. Die Anknüpfung bei der Anwendung von Art.85 Abs.I

Es soll nunmehr geprüft werden, welchen internationalen Anwendungsbereich das Kartellverbot des Art.85 EWGV hat.

1. Das Schrifttum

Die Frage ist vom Standpunkt des Gemeinschaftsrechts bereits von Hug in einem Referat auf der internationalen Kartellrechtskonferenz vom Juni 1960 in Frankfurt/Main erörtert worden.¹⁾ Hug erklärt das Verbot des Art.85 auf alle Kartelle anwendbar, die sich innerhalb des Gemeinsamen Marktes auswirken, und zwar auch dann, wenn sie von Unternehmen der Gemeinschaft in Verbindung mit Unternehmen aus Drittstaaten oder nur von Unternehmen aus Drittstaaten abgeschlossen worden sind. Die Besinnung auf den Zweck des EWGV führten zum Ergebnis, dass für den internationalen Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Sachnorm des EWGV das Prinzip der Auswirkung gelte; das sei zwar nicht als ausdrückliche Grenznorm festgesetzt, es sei jedoch auf Grund der allgemeinen Umschreibung aus dem Wortlaut des Vertragstextes abzuleiten. Dafür spreche auch die Entstehungsgeschichte des EWGV, der eng mit den Bestrebungen der Vereinigten Staaten von Amerika zusammenhänge, den Prinzipien ihres Antitrustrechts durch völkervertragsrechtliche Bindung in den Ländern der westlichen Welt Eingang zu verschaffen.

Vom völkerrechtlichen Standpunkt hat diese Ansicht bereits durch Seidl-Hohenveldern²⁾ ausführliche Kritik erhalten; die Anknüpfung an die bloße Auswirkung einer internationalen Wettbewerbsbeschränkung auf den Gemeinsamen Markt biete die allergrössten Schwierigkeiten für den internationa-

1) in Kartelle und Monopole II, S. 618 f.

2) in AWD BB 1960, S. 229 ff.

len Rechtsverkehr. Auch Seidl-Hohenveldern geht jedoch davon aus, dass Art.85 seinem selbst gewollten Anwendungsbereich nach ohne Beschränkung auf Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft auch Handlungen ausserhalb des Gebietes der Gemeinschaft erfasse, die irgendwelche Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt aufweisen; denn Kartelle seien nicht nur dann verboten, wenn sie subjektiv darauf abzielten, auf dem Gemeinsamen Markt den Wettbewerb zu verhindern, sondern auch, wenn sie objektiv eine solche Verhinderung bewirken.¹⁾

Ob die bloße Auswirkung eines internationalen Kartellsachverhalts auf den Gemeinsamen Markt für die Anwendbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots genügt, erscheint aus mehreren Gründen zweifelhaft.

2. Wirtschaftliche oder spezifisch rechtliche Auswirkungen

Es ist zunächst einmal zweifelhaft, ob jede Auswirkung eines internationalen Kartellsachverhalts innerhalb des Gemeinsamen Marktes die Anwendbarkeit von Art.85 begründet. Hug selbst sagt darüber nichts aus, worin die Auswirkung bestehen soll, also was Gegenstand der Auswirkung auf den Gemeinsamen Markt sein soll.

Auswirkungen eines internationalen Kartellsachverhalts auf den Gemeinsamen Markt können wirtschaftlicher, aber auch spezifisch rechtlicher Art sein. Bloß wirtschaftliche Auswirkungen können z.B. in Preiseinflüssen bestehen.²⁾ Denn ein irgendwo in der Welt veranlassetes Kartell kann auf die Absatzmöglichkeiten von Exporteuren der Gemeinschaft zurückwirken. So kann z.B. eine Absprache zwischen Unternehmen aus den Drittstaaten A und B, durch welche der Wettbewerb auf den Märkten A und B geregelt wird, Rückwirkungen haben auf

1) Seidl-Hohenveldern, aaO, S. 230.

2) Hoppmann in Jahrbuch für Sozialwissenschaft 1960, S. 298 ff.

die Exportmöglichkeiten des zur Gemeinschaft gehörenden Landes C. Werden die Absatzchancen der Exporteure des Landes C in den Ländern A und B verringert, so kann das zu einer Ausweitung des Angebotsvolumens innerhalb des Gemeinsamen Marktes und damit zu einer Verschärfung des Wettbewerbs, schliesslich zu Preissenkungen innerhalb der Gemeinschaft führen. Es ist jedoch die Frage, ob derartige fernliegende wirtschaftliche Reflexwirkungen auf den Gemeinsamen Markt für ausreichend erachtet werden können, um die Anwendung von Art.85 zu begründen.

Art.85 schützt den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes, nicht auch den Wettbewerb im Aussenhandel mit Drittstaaten, wie der Sherman Act. Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot verfolgt einen spezifisch rechtlichen Zweck, nämlich den Wettbewerb als das Steuerungsmittel des Wirtschaftsablaufs bei der Errichtung des Gemeinsamen Marktes aufrecht zu erhalten. Es schützt das Marktverhalten der einzelnen Unternehmen, das den Marktpartnern über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus die unverfälschte Möglichkeit lässt, von einem Mitbewerber auf einen anderen auszuweichen. Durch eine irgendwo in der Welt veranlasste Wettbewerbsbeschränkung, die lediglich gewisse Reflexwirkungen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse im Gemeinsamen Markt aufweist, wird das in Art.85 geschützte Rechtsgut jedoch nicht verletzt. Die Anwendbarkeit von Art.85 auf internationale Kartellsachverhalte erscheint deshalb - wenn überhaupt - nur dann begründet, wenn sich der internationale Kartellsachverhalt auf dessen spezifischen Schutzbereich auswirkt, also den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes im Wirtschaftsverkehr zwischen Mitgliedstaaten.

3. Ein betrieblicher Mittelpunkt als Anknüpfung

Es erweist sich jedoch auch als fraglich, ob die spezifisch rechtliche Auswirkung eines internationalen Kartell-

sachverhalts auf den Gemeinsamen Markt genügt, um die Anwendung von Art.85 zu begründen.

a) Die Beteiligten der Gemeinschaft.

Das Kartellverbot ist ein wesentlicher Bestandteil der im EWGV zum Ausdruck gekommenen Integrationsverfassung. Die in einem bestimmten Zeitrythmus abzubauenen staatlichen Handelsbeschränkungen sollen nicht durch private Absprachen der Unternehmen ersetzt werden können, die den natürlichen Integrationsverlauf der sechs Mitgliedstaaten hemmen könnten. Denn die Unternehmen sind die an der Gemeinschaft wichtigsten Beteiligten; sie sollen ihre Leistungen auf das gesamte Gebiet des Gemeinsamen Marktes erstrecken können und sich den neuen Gegebenheiten eines vergrösserten Binnenmarktes anpassen; dadurch werden die in Art. 2 genannten Ziele gefördert. Aus dieser Zweckbestimmung ergibt sich aber auch, dass das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot nur diejenigen Unternehmen erfassen will, die an dem Wirtschaftsablauf der Gemeinschaft teilnehmen, also die eine bestimmte wirtschaftliche Beziehung zum Gemeinsamen Markt aufweisen. Es sollen nur solche Unternehmen erfasst werden, die an dem Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beteiligt sind oder doch wenigstens potentiell sich beteiligen können. Dazu ist ein Beziehungspunkt der beteiligten Unternehmen zu wenigstens einem der Mitgliedstaaten erforderlich. Denn ein Unternehmen, das seinen gesamten wirtschaftlichen Betätigungsbereich in Drittstaaten hat, beteiligt sich nicht an dem Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. An den Zielen und Aufgaben der Gemeinschaft gemessen können also Unternehmen, die ihren gesamten Wirkungskreis ausserhalb der Gemeinschaft haben, niemals von dem gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot erfasst werden; denn sie sind nicht Beteiligte der Gemeinschaft, sondern stehen als Beteiligte von Drittstaaten aussen vor.

Es kommt also erheblich darauf an, wann ein Unternehmen als Beteiligter der Gemeinschaft anzusehen ist, um das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot zur Anwendung bringen zu können.

Der EGKSV sieht als Beteiligte der Montanunion nur diejenigen Unternehmen an, die eine Produktions- oder Vertriebstätigkeit auf dem Gebiet von Kohle und Stahl innerhalb der europäischen Gebiete der Montanunion ausüben.¹⁾ Dieser Vertrag fordert also die Beziehung der Produktions- oder Vertriebstätigkeit eines Unternehmens auf dem Gebiet von Kohle und Stahl, um es als Beteiligten der Montanunion ansehen zu können.

Der EWGV enthält keine derartige Bestimmung. Es muss deshalb aus dem Gesamtzusammenhang des Vertrages entnommen werden, wann ein Unternehmen als Beteiligter der Gemeinschaft anzusehen ist.²⁾

Da sich die EWG mit den im Vertrag vorgesehenen Mitteln die Förderung der in Art.2 genannten Ziele zur Aufgabe gestellt hat und diese Ziele wirtschaftlicher Art und, kann auch nur eine wirtschaftliche Betrachtungsweise für die Bestimmung der Beteiligteneigenschaft maßgebend sein, denn die Gemeinschaft hat die wirtschaftliche Integration der zu den Mitgliedstaaten gehörenden Wirtschaftseinheiten zum Ziel. Gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte werden also für die Bestimmung der Beteiligteneigenschaft eines Unternehmens keine Beachtung finden können. Diese wird folglich nicht vom Sitz des Unternehmens

1) Art.80 i.Verb.m. Art.79 Abs.I EGKS, s.S. 142 ff.

2) Wie schwierig eine Abgrenzung ist, zeigen in drastischer Weise Stein/Nicholson, American Enterprise in the European Common Market II, 1960, S.9: To examine our problem we will look at the problem of entering Europe as a problem of a timid bather getting into the swim - he may stand on the shore throwing pebbles, he may dip in his toes, he may wade, he may swim with his head out, or he may take a deep dive.

oder von seiner Staatsangehörigkeit abhängen, sondern von seiner wirtschaftlichen Tätigkeit im Bereich des Gemeinsamen Marktes.

Eine solche Tätigkeit kann durch eine Zweigniederlassung oder durch Geschäftsstellen minderer Bedeutung, z.B. die Errichtung eines Büros, aber auch durch selbständige juristische Personen ausgeübt werden, die der einheitlichen Willensbildung eines in einem Drittstaat befindlichen Unternehmens unterstehen. M.a.W. weist ein ausländisches Unternehmen eine betriebliche Einwurzelung im Bereich des Gemeinsamen Marktes auf, so muss dieses als an der Gemeinschaft beteiligt angesehen werden. Denn insoweit ist ein einem zur Gemeinschaft gehörenden Unternehmen ähnlicher Betrieb eröffnet worden. Auch Unternehmen aus Drittstaaten werden durch die Betriebseröffnung in einem der Mitgliedsstaaten Bestandteil der betreffenden Volkswirtschaft und dadurch Beteiligte an der Gemeinschaft. Es entspricht dem Zweck des Vertrages, dass auch solche Unternehmen aus Drittstaaten die einen erheblichen Teil ihres Wirkungskreises auf dem gemeinsamen Markt haben, als Beteiligte der Gemeinschaft anzusehen sind. Voraussetzung dafür wird aber immer sein, dass eine organisatorische Verknüpfung mit dem Gemeinsamen Markt vorhanden ist, die Begründung eines Mittelpunktes, von dem aus bestimmte wesentliche kaufmännische Angelegenheiten ihre Erledigung finden. Dabei muss es sich weder um eine Niederlassung auf Dauer handeln noch um eine solche, deren Vertreter selbständig handeln dürfen. Auch Gleichartigkeit der Geschäfte mit denen der in einem Drittstaat befindlichen Hauptniederlassung wird nicht erforderlich sein.

Andererseits werden jedoch nur solche Organisationen innerhalb der Gemeinschaft als zu einem Unternehmen aus einem

Drittstaat gehörend angesehen werden können, die wirtschaftlich als Veranstaltungen im Rahmen des Gesamtplans des Unternehmens anzusehen sind. Die Beauftragung eines Agenten, der die Geschäfte des ausländischen Unternehmens innerhalb des Gemeinsamen Marktes im eigenen Namen besorgt, wird dafür allerdings nicht als ausreichend anzusehen sein. So werden z.B. deutsche Kommissionäre oder französische Commissionaires nicht als Teile des ausländischen Unternehmens angesehen werden können; sie gehören nicht mehr zu der wirtschaftlichen Einheit des in einem Drittstaat befindlichen Unternehmens. Denn sie handeln im eigenen Namen und können ihre Geschäftsplanung selbst vornehmen und stehen nicht in einem Kontrollverhältnis zu dem ausländischen Unternehmen; in der Regel werden solche Kommissionäre auch nicht nur ein, sondern mehrere EWG-ausländische Unternehmen vertreten.

Soweit also ein Unternehmen aus einem Drittstaat innerhalb des Gemeinsamen Marktes lediglich durch einen Kommissionär vertreten ist, wird man dieses nicht als Beteiligten der Gemeinschaft ansehen können.¹⁾

Sobald jedoch ein Unternehmen aus einem Drittstaat ein Büro mit einem eigenen Stab von Angestellten unterhält, die die Richtlinien zur kaufmännischen, ja überhaupt zur gesamten geschäftlichen Betätigung innerhalb des Gemeinsamen Marktes von dem im EWG-Ausland ansässigen Unternehmen erhalten, so wird man dieses Unternehmen auch als beteiligt an der Gemeinschaft anzusehen haben.

b) Folgerung für die Anknüpfung.

Als Beteiligte der Gemeinschaft sind nach alledem zwar auch Unternehmen aus Drittstaaten anzusehen; diese müssen jedoch

1) So im Ergebnis wohl auch Stein/Nicholson, aaO II S. 15 f.

einen wirtschaftlichen Mittelpunkt in einem der Mitgliedstaaten errichtet haben, um den Vorschriften des Vertrages als unterworfen angesehen zu werden.

4. Ergebnis

Für die Anwendbarkeit von Art.85 Abs.I auf internationale Kartellsachverhalte ergibt sich daraus folgendes:

Die bloße Auswirkung eines internationalen Kartellsachverhalts im Gemeinsamen Markt wird für die Anwendbarkeit von Art.85 nicht als ausreichend erachtet werden können. Zusätzlich wird man noch die Begründung eines kaufmännisch oder betrieblichen Mittelpunktes der an dem Kartell beteiligten Unternehmen zum Gemeinsamen Markt fordern müssen. Denn Art.85 soll nur den Wettbewerb als Steuerungsmittel der an der Gemeinschaft beteiligten wirtschaftlichen Einheiten schützen, um dadurch die Förderung der in Art.2 genannten Ziele sicherzustellen, nicht einen Wettbewerb zwischen Beteiligten der Gemeinschaft und wirtschaftlichen Einheiten aus Drittstaaten. Art.85 wird nach alledem nur auf solche Kartelle anwendbar sein, die geeignet sind, das spezielle Rechtsgut des Wettbewerbs im Wirtschaftsverkehr zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und deren beteiligte Unternehmen die Begründung eines wirtschaftlichen Mittelpunktes innerhalb des Gemeinsamen Marktes aufweisen.

Als Ergebnis ist festzustellen, dass das Prinzip der bloßen Auswirkung für die Anwendung von Art.85 nicht möglich ist. Da auch Art.65 EGKSV eine besondere Beziehung eines internationalen Kartellsachverhalts auf den Gemeinsamen Markt, nämlich eine Produktions- oder Vertriebstätigkeit der beteiligten Unternehmen auf dem Gebiete von Kohle und Stahl innerhalb der Montanunion fordert, erscheint diese Lösung

im Interesse einer einheitlichen Kartellpraxis in den beiden Gemeinschaften EGKS und EWG zweckmässig.

a) Völkerrechtlich haltbare Lösung.

Die genannte Lösung entspricht auch weit mehr dem geltenden Völkerrecht als das Prinzip der bloß wirtschaftlichen Auswirkung. Die Staaten unterliegen dem allgemeinen völkerrechtlichen Missbrauchsverbot.¹⁾ Sie sind zu gemeinschaftsmässigem und gutnachbarlichem Verhalten verpflichtet. Es gibt zwar kein allgemein anerkanntes Prinzip, auf das eine einheitliche Regelung der Konfliktsfälle gestützt werden könnte. Aber das Völkerrecht hat doch eine Begrenzungsfunktion.²⁾ Wo das Völkerrecht den Staaten Freiheiten einräumt, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln, sind diese gehalten, auf andere Staaten und die internationale Gemeinschaft Rücksicht zu nehmen. Ein Staat darf ausländische Tatbestände seiner Jurisdiktion und seinem Recht nur dann unterwerfen, wenn sie zu seiner Ordnung in irgendwelchen nicht zu fern liegenden Beziehungen stehen. Die Unterwerfung unter die inländische Jurisdiktion und die Anwendung des inländischen Rechts bedarf somit eines sinnvollen Anknüpfungspunktes.³⁾

Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft als Staatengemeinschaft und völkerrechtliches Rechtssubjekt unterliegt ebenso wie die Staaten diesen allgemeinen völkerrechtlichen Prinzipien. Die bloß wirtschaftliche Auswirkung eines in einem Drittstaat veranlassten Kartells auf den Gemeinsamen Markt ist keine mit der Begrenzungsfunktion des Völkerrechts vereinbare Anknüpfung für die Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellrechts.

1) Dahm, Völkerrecht I, S. 541, 260.

2) Dahm, aaO, S. 255; Makarov in Strupp-Schlochauer II, S. 130; Heiz, Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht, S. 29; Verdross, Völkerrecht, S. 248.

3) Dahm, aaO I, S. 255; Neumeyer, aaO IV, S. 432, 436.

Würde die Anwendbarkeit des Kartellverbots allein von der Auswirkung einer irgendwo in der Welt veranlassten Wettbewerbsbeschränkung auf den Gemeinsamen Markt abhängen, so würden sich die allergrössten Schwierigkeiten für den internationalen Verkehr ergeben.¹⁾ Denn auch solche Kartelle würden dem Verbot unterfallen, die in einem Staat veranlasst werden, der Kartelle ausdrücklich duldet oder sogar gesetzlich erzwingt (Zwangskartelle), wenn diese Kartelle nur irgendwelche Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt aufweisen, ohne dass die Beteiligten irgendeinen besonderen Beziehungspunkt zum Gemeinsamen Markt aufzuweisen hätten. Wie die Beteiligten sich auch immer verhalten würden, sie würden immer gegen eine der Rechtsordnungen verstossen, wenn sie wirtschaftlich mit der Gemeinschaft verkehren würden.

Das amerikanische Recht, das sich nach der Rechtsprechung der amerikanischen Bundesgerichte zum Sherman Act vor dieses Ergebnis gestellt sieht, weil es die Anwendbarkeit der Antitrust-Gesetze auf internationale Kartellsachverhalte allein von der Auswirkung auf den amerikanischen Aussenhandel abhängig macht, ist denn auch in Europa²⁾ auf Widerspruch gestossen; es wird geltend gemacht, die amerikanische Rechtsordnung sollte nicht Eingriffe in die internationale Rechtssphäre versuchen, die zu einem positiven Ergebnis letztlich doch nicht führen könnten. Dasselbe wird auch für das deutsche Recht gelten müssen, wenn man unter Auswirkung im Sinne von § 98 Abs.II GWB jede nur denkbare wirtschaftliche Auswirkung auf den inländischen Markt verstehen will.

1) Seidl-Hohenveldern in AWD BB, S. 228.

2) Jennings in British Yearbook of International Law 1957, S. 146 ff.; Verloren van Themaat in Sociaal-Economische Wetgeving 1955, S. 10 ff.; Jahn-Junckerstorff, Internationales Handbuch, S. 508 f.; Seidl-Hohenveldern in AWD BB 1960, S. 228 ff.

Zwar ist ein Staat nach dem im Völkerrecht anerkannten Ubiquitätsprinzip¹⁾ berechtigt, als für das Inland strafrechtlich relevanten Begehungsort nicht nur den Ort der Handlung, sondern auch den des Erfolgseintritts anzusehen; Ausfluss dieses Prinzips ist die in § 3 Abs. III des deutschen Strafgesetzbuches zum Ausdruck gekommene Regelung, wonach eine Tat an jedem Ort begangen ist, an dem der Erfolg eingetreten ist. Jedoch nicht jeder im Inland eingetretene Erfolg einer im Ausland vorgenommenen Handlung bildet eine völkerrechtlich zulässige Anknüpfung. Die Lehre verlangt, dass die von Ausländern im Ausland vorgenommene Handlung im Inland einen Erfolg herbeigeführt hat, durch welchen ein bestimmtes Rechtsgut der inländischen Rechtsordnung verletzt wird.²⁾ Es muss ein materiell zu einem gesetzlichen Tatbestand gehöriger Erfolg eingetreten sein.

Diesem völkerrechtlichen Erfordernis wird Schwartz für das deutsche GWB dadurch gerecht, dass er unter der inländischen Auswirkung im Sinne von § 98 Abs. II GWB speziell die Beschränkung der Freiheit Dritter versteht, sich ungehindert im Inland wirtschaftlich zu betätigen.³⁾ Nur diese unmittelbare wirtschaftliche und rechtliche Auswirkung einer Wettbewerbsbeschränkung sei als Auswirkung und damit als Erfolg anzusehen, nicht dagegen irgendeine weiter entfernte wirtschaftliche Folge oder Rückwirkung. Hier ist der Ubiquitätstheorie vollen Umfangs Rechnung getragen. Der Begriff der Auswirkung wird hier nicht in einer der Begrenzungsfunktion des Völkerrechts entgegenstehenden Weise uferlos ausgedehnt. Vielmehr lässt Schwartz die Sachnormen des GWB auf internationale Kartellsachverhalte nur

1) Dahm, aaO I, S. 254 ff.; Jennings, aaO, S. 148 ff.

2) Verdross, aaO, S. 248; Heiz, aaO, S. 29.

3) Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht, S. 30 ff., 255.

dann zur Anwendung gelangen, wenn das inländische Rechtsgut der Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit verletzt ist. Es ist ein echtes, vom Völkerrecht anerkanntes Anliegen der Staaten, die von ihnen zu Rechtsgütern erhobenen Werte gegen Angriffe von aussen zu schützen.

Auch der Europäische Wirtschaftsgemeinschaft als Staatengemeinschaft wird man das Recht zubilligen müssen, das zum Aufbau und Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderliche Rechtsgut des Wettbewerbs gegen Verletzungen von aussen zu schützen. Jedoch durch im Gemeinsamen Markt spürbare volkswirtschaftliche Nebenwirkungen einer im Ausland veranlassten Wettbewerbsbeschränkung wird das in Art.85 geschützte Rechtsgut nicht verletzt.

Die Anknüpfung an die bloß wirtschaftliche Auswirkung würde sich völkerrechtlich nur aus dem Schutzprinzip rechtfertigen lassen. Danach kann ein Staat oder eine Staatengemeinschaft für seinen Bereich auch solche Handlungen von ausländischen Personen im Ausland regeln, wenn diese Handlungen ihre politische Existenz oder sonst wichtige Interessen bedrohen.¹⁾ Diesem völkerrechtlichen Prinzip trägt denn auch z.B. das deutsche Strafgesetzbuch Rechnung, indem auf Handlungen von Ausländern im Ausland das deutsche Strafrecht nur ausnahmsweise wegen des Schutzes besonderer deutscher Interessen anwendbar ist, nämlich auf hoch- und landesverräterische Handlungen gegen die Bundesrepublik Deutschland (§ 4 Abs.III Z.2 StGB) oder auf den Verrat deutscher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 4 Abs.III Z.5 StGB).

1) Dahm, aaO I, S. 257; Verdross, aaO, S. 248.

Ob indes die Handlung eines Unternehmens, das seinen Sitz in einem Drittstaat hat und dessen Verhaltensweise irgendwelche fernliegende Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes hat, als ein Angriff anzusehen ist, der den genannten Handlungen gleichsteht, erscheint doch recht zweifelhaft. Dahm sagt für den Bereich des internationalen Strafrechts, die Ausdehnung der Anwendbarkeit staatlichen Strafrechts im Sinne eines uneingeschränkten Schutzprinzips ginge erheblich zu weit. Eine Rechtsordnung dürfe nur solche Personen erfassen, die sie näher angingen als andere Staaten.¹⁾ Bedenklich sei insbesondere, wenn ein Staat Handlungen auch für den Fall ihrer Regelung im Ausland mit Strafe bedrohe, die nach den sonst herrschenden Auffassungen von Recht und Unrecht keine Strafe verdienen.²⁾

Das Prinzip des Wettbewerbs ist keineswegs ein in der ganzen Welt anerkannter Grundsatz. Der Wettbewerb ist vielmehr eine zum wirtschaftspolitischen Prinzip erhobene Institution, die nur bestimmten Staaten eigen ist. Die Handlung eines Ausländers im Ausland, die sich lediglich gegen diese ordnungspolitische Institution richtet, kann völkerrechtlich nicht derselben Regelung unterliegen wie die Handlung eines Ausländers im Ausland, die sich gegen grundsätzliche von allen Staaten der Welt anerkannte Prinzipien richtet.

Beteiligt sich jedoch ein Unternehmen aus einem Drittstaat an dem Wirtschaftsablauf innerhalb des Gemeinsamen Marktes, indem es innerhalb der Gemeinschaft einen betrieblichen Mittelpunkt eröffnet, so wird die Gemeinschaft die Handlungen, die dieses Unternehmen in Bezug auf den Gemeinsamen Markt vornimmt, auch regeln dürfen, ohne dadurch den Grund-

1) Dahm, aaO I, S. 260; ders., Zur Problematik des Völkerstrafrechts, 1956, S. 30 f.

2) Dahm, Völkerstrafrecht, S. 30.

sätzen des Völkerrechts zuwiderzuhandeln. Denn das Völkerrecht verbietet den Staaten und Staatengemeinschaften nicht, das Verhalten von Ausländern innerhalb ihres Gebietes zu regeln.¹⁾

b) Gleiche Anknüpfung für verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit

Die hier entwickelte Anknüpfung bietet auch nicht die Schwierigkeiten bei der Anwendung des Kartellverbots, vor welche sich die Rechtsordnungen gestellt sehen, welche die Anwendung ihrer Kartellgesetze allein von der Inlandsauswirkung abhängig machen.

Die Gerichte und Behörden eines Staates oder einer Staatengemeinschaft sind nur dann befugt, über einen internationalen Sachverhalt zu entscheiden oder ein Verfahren einzuleiten, wenn sie die verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit für die Durchführung des Verfahrens besitzen. Verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit bedeutet die Regelung der Frage, bei welchen internationalen Sachverhalten ein Staat oder eine Staatengemeinschaft gerichtliche oder behördliche Hoheitsmacht ausüben will und darf.²⁾ Da jegliche Hoheitsmacht eines Staates oder einer Staatengemeinschaft nur innerhalb des Hoheitsgebietes besteht, kann sie auch nur in dem betreffenden Hoheitsgebiet ausgeübt werden. Die Verordnung Nr.17 des Minister-rats begründet eine Reihe von Befugnissen der Kommission, das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot zur Durchsetzung zu bringen. Art.3 ermächtigt sie, bei der Feststellung einer

1) Dahm, Völkerrecht I, S. 268; Verdross, aaO, S. 202 ff.; Neumeyer, aaO Bd. IV, S. 156.

2) Matthies, Deutsche Internationale Zuständigkeit, S. 27 ff., 30; Riezler, Internationales Zivilprozessrecht, S. 197 ff.; Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht, S. 138, 151.

Zu widerhandlung gegen Art. 85 die an dem Kartell beteiligten Unternehmen durch Entscheidung zu verpflichten, die Zu widerhandlung abzustellen. Sie kann zur Erfüllung ihrer Aufgaben von den Unternehmen alle erforderlichen Auskünfte einholen¹⁾ und Nachprüfungen vornehmen, insbesondere die Bücher und sonstigen Geschäftsunterlagen prüfen lassen und alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel betreten.²⁾ Verstossen die an einem Kartell beteiligten Unternehmen gegen Art. 85 Abs. 1, haben sie bei einem Antrag zur Abgabe eines Negativattests oder bei einer Anmeldung nach den Art. 4 und 5 VO Nr. 17 unrichtige oder entstellte Angaben gemacht, haben sie eine verlangte Auskunft unrichtig erteilt oder dulden sie eine Nachprüfung der Kommission nicht, so kann diese gegen die Unternehmen Geldbussen festsetzen.³⁾ Ebenfalls kann die Kommission Zwangsgelder gegen Unternehmen festsetzen, um sie anzuhalten, eine Zu widerhandlung gegen Art. 85 zu unterlassen, deren Abstellung sie in einer Entscheidung nach Art. 3 VO Nr. 17 angeordnet hat, oder eine Auskunft vollständig und richtig zu erteilen oder eine Nachprüfung zu dulden.⁴⁾

Diese Befugnisse dürfen nur innerhalb der Gemeinschaft ausgeübt werden. Denn die Rechte der Kommission, ihre durch die VO Nr. 17 eingeräumten Befugnisse auszuüben, enden an den Grenzen der Gemeinschaft, so wie die Befugnisse einer nationalen Behörde an den Grenzen des Staates enden, zu dem diese Behörde gehört. Denn wäre die Feststellungsentscheidung einer Zu widerhandlung gegen Art. 85 oder die Nachprüfungsbefugnis der Kommission schlechthin verbind-

1) Art. 11 VO Nr. 17.

2) Art. 14 VO Nr. 17.

3) Art. 15 VO Nr. 17.

4) Art. 16 VO Nr. 17.

lich, so vermöchte die Gemeinschaft durch ihre Rechtssetzungsakte über ihre Grenzen hinaus zu regieren und würde in den Hoheitsbereich anderer Staaten eingreifen können. Das widerspräche dem Territorialitätsprinzip jeglicher hoheitlicher Macht, dem auch die Gemeinschaft als ein völkerrechtliches Rechtssubjekt unterliegt.¹⁾

Nun sind jedoch die genannten Befugnisse der Kommission an die Verletzung von Art.85 geknüpft.²⁾ Die Kommission kann eine Entscheidung nach Art.3 VO Nr.17 abgeben, wenn sie eine Zuwiderhandlung gegen Art.85 feststellt; sie kann Auskunft verlangen und ihre Nachprüfungsbefugnisse ausüben, wenn die berechnigte Vermutung einer Zuwiderhandlung gegen Art.85 vorliegt.³⁾ Sie kann Geldbussen festsetzen, wenn die beteiligten Unternehmen gegen Art.85 Abs.I verstossen.⁴⁾

Würde für die Anwendbarkeit von Art.85 allein die blosse Auswirkung eines irgendwo in der Welt veranlassten Kartells genügen, so würden die Befugnisse der Kommission über die ihr vom Völkerrecht gesetzten Grenzen hinausgehen. Denn sie wäre - dem Buchstaben der Verordnung nach - berechnigt, die genannten Befugnisse auch gegenüber Unternehmen auszuüben, die ein Kartell irgendwo in der Welt veranlassen und irgendwelche Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes aufweisen.

1) Allerdings steht es jedem Staat frei, den Vollzug der Akte der Kommission auf seinem Staatsgebiet zu gestatten oder diese Akte in seinem Herrschaftsbereich selbst durchzuführen, worauf Hug, aaO II, S. 614 ff. mit Recht hinweist.

2) Nach deutschem Recht folgt die verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit stets aus dem materiellen Recht, Neumeyer, aaO IV, S. 155, 471 ff.; ob eine Behörde verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit besitzt, hängt danach allein davon ab, ob materiellrechtlich nach deutschem internationalem Strafrecht oder Verwaltungsrecht das Inland Zuständigkeit besitzt. Matthies, aaO, S. 13 f.; s. auch Anm. von Zweigert in SJZ 1950, S.45.

3) Art.11 und 14 VO Nr.17 in Verb.m. Art.89 und 85.

4) Art.15 Abs.IIa VO Nr.17.

Die Rechtsordnungen, die die Anwendung ihrer Kartellgesetze allein von der Auswirkung auf das Inland (wie das deutsche Recht) oder auf den Aussenhandel (wie das amerikanische Recht) abhängig machen, kommen denn auch in Konflikt mit fremden Rechtsordnungen, wenn sie Massnahmen gegen die ausländischen Beteiligten solcher internationalen Kartelle ergreifen wollen, für welche das materielle Kartellrecht anwendbar ist. Das amerikanische Recht beschränkt deshalb die verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit bei der Anwendung der Antitrust-Gesetze. Denn nach § 12 Clayton Act setzt die Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen voraus, dass die beteiligten Unternehmen "inhabitant", "found" oder "transacting business" in den Vereinigten Staaten sind.¹⁾ Es zeigt sich also, dass der Sherman Act hinsichtlich seiner verfahrensrechtlichen internationalen Anwendbarkeit einer anderen Beurteilung unterliegt als hinsichtlich seiner materiellrechtlichen internationalen Anwendbarkeit.²⁾

Ob die Regelung des deutschen Rechts praktikabel ist, wird sich erst zeigen müssen. Es ist jedenfalls sehr fraglich, wie die in der Bundesrepublik Deutschland zuständigen Behörden z.B. ein amerikanisches Exportkartell, das sich lediglich innerhalb der Bundesrepublik auswirkt, zur Befolgung der Vorschriften des GWB veranlassen können. Denn die Festsetzung einer Geldbusse durch das zuständige Oberlandesgericht gemäss § 38 Abs.III GWB hat keine Wirkungen über die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hinaus; sie kann auch nur in Deutschland vollstreckt werden, da die Hoheitsmacht der Behörden der Bundesrepublik an Deutschlands Grenzen endet. Die Kartellbehörden können gegenüber ausschliesslich im Ausland verwurzelten Unternehmen auch

1) S. S.126 und die dort angegebene Rechtsprechung.

2) Schwartz in Kartelle und Monopole II, S. 675; ders., Deutsches Internationales Kartellrecht, S. 154 ff.

nicht die ihnen gemäss § 46 GWB eingeräumte Befugnis ausüben, von Unternehmen Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse zu verlangen.

Mit Erfolg können die genannten Befugnisse nur ausgeübt werden, wenn zu der materiellrechtlichen auch eine persönliche Inlandsbeziehung des ausländischen Unternehmens hinzutritt. Das deutsche Recht erleichtert diese Herstellung einer persönlichen Beziehung dadurch, dass die zuständige Kartellbehörde für ein ausländisches nicht rechtsfähiges Kartell, das sich lediglich in der Bundesrepublik Deutschland auswirkt, gemäss § 36 GWB einen inländischen Vertreter hoheitlich bestellen lassen kann. Dann kann die zuständige Kartellbehörde ein Verfahren gegenüber diesem Vertreter einleiten. Die Vollstreckung von Bussgeldbescheiden und Nachprüfungen können jedoch nur vorgenommen werden, wenn der Vertreter auch von den vertretenen Unternehmen im Ausland anerkannt wird, was in der Regel nicht der Fall sein wird.

Schwartz¹⁾ schlägt deshalb für das deutsche Recht vor, dass in jedem einzelnen Falle einer im Ausland veranlasseten Wettbewerbsbeschränkung das Bedürfnis nach einer inländischen Entscheidung mit der etwaigen näheren persönlichen Beziehung des Veranlassers zu einem anderen Staat, kurz mit der Fairness und wirksamen Durchführbarkeit des Verfahrens abzuwägen sei. Bestehe überhaupt keine persönliche Beziehung des ausländischen Unternehmens zum Inland, fehle es den Kartellbehörden und Gerichten an der verfahrensrechtlichen internationalen Zuständigkeit zur Durchführung eines Verfahrens, möge sich der betreffende Sachverhalt auch noch so sehr im Inland auswirken. Schwartz kommt also auch für das deutsche Recht zu dem Ergebnis, dass verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit

1) Deutsches Internationales Kartellrecht, S. 162 f.

und materiellrechtliche internationale Anwendbarkeit des GWB auseinanderfallen können.

Folgt man der hier angenommenen Anknüpfung, so stellen sich diese Probleme für den Bereich der EWG nicht. Die materiellrechtliche internationale Anwendbarkeit von Art. 85 und die verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit der Kommission, die Befugnisse der in Art. 3, 11, 14 und 15 VO Nr. 17 genannten Art auszuüben, fallen nicht auseinander. Da nämlich die materiellrechtliche Anwendbarkeit von Art. 85 davon abhängt, ob die an dem Kartell beteiligten Unternehmen einen betrieblichen oder zumindest kaufmännischen Mittelpunkt innerhalb des Gemeinsamen Marktes aufweisen, kann die Kommission ihre genannten Befugnisse auch tatsächlich ausüben. Sie kann Auskunft über EWG-ausländische Unternehmen bei der Niederlassung oder in dem Büro verlangen, das sich innerhalb der Gemeinschaft befindet. Die Entscheidung der Kommission, mit welcher diese eine Geldbusse nach Art. 15 festsetzt, kann bei der Niederlassung oder dem Ableger des ausländischen Unternehmens vollstreckt werden.

Die hier angenommene Anknüpfung ist deshalb auch sinnvoll, da sie die Möglichkeit bietet, das in Art. 85 normierte Kartellverbot auch durchzusetzen. Die Frage der internationalen Anwendbarkeit einer materiellrechtlichen Norm lässt sich m.E. nicht losgelöst von der Frage ihrer Durchsetzbarkeit beantworten. Eine Verbotsvorschrift, welche nicht durchgesetzt werden kann, wird auch keine Beachtung finden. Sie verliert ihre eigentliche Funktion, den Unternehmen ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht zu machen. Durchsetzbarkeit und materiellrechtliche Anwendbarkeit stehen in einer gewissen Abhängigkeit zueinander; sonst wird die materielle Norm zu einem im leeren Raum stehenden Satz, der von keinem ernst genommen wird.

III. Die einzelnen Fallgruppen

Aus dem Gesagten ergibt sich für die einzelnen Fallgruppen folgendes:

1. Internationale Kartellsachverhalte, bei denen eine Regelung hinsichtlich des Gemeinsamen Marktes einbezogen ist

a. Art.85 ist auf Kartelle zwischen Unternehmen aus Drittstaaten, die keinerlei Beziehungspunkte zum Gemeinsamen Markt aufweisen, nicht anwendbar, mögen sich solche Kartelle auch auf die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes auswirken. Kartelle zwischen Unternehmen aus Drittstaaten, die z.B. ein gleiches Preisverhalten bei Aufträgen von Unternehmen aus der Gemeinschaft vereinbaren, werden nicht als verboten im Sinne von Art.85 angesehen werden können.

b. Anders verhält es sich bei Kartellen zwischen Unternehmen aus Drittstaaten, die ihren Export in den Gemeinsamen Markt betreiben, indem sie innerhalb des Gemeinsamen Marktes einen kaufmännischen Mittelpunkt begründen und sich in der Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen; sie sind verboten, soweit sie geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten in dem in Teil 1 bezeichneten Sinne zu beeinträchtigen.

c. Auf Kartelle zwischen einem Unternehmen der Gemeinschaft und einem ausschliesslich in einem Drittstaat sich betätigenden Unternehmen, die eine Regelung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes einschliessen, ist Art.85 nicht anwendbar. Mag sich eine solche Regelung auch auf die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes auswirken, so fehlt es doch an einer kaufmännischen Betätigung des EWG-ausländischen Unternehmens innerhalb des Gemeinsamen Marktes. Auf Vereinbarungen zwischen

einem Unternehmen aus einem Drittstaat und einem Unternehmen der Gemeinschaft, durch welche diese sich verpflichten, sich ausschliesslich auf ihren jeweiligen Heimatmärkten wirtschaftlich zu betätigen, wird demnach Art.85 keine Anwendung finden können.

3. Anders verhält es sich bei Kartellen zwischen einem Unternehmen der Gemeinschaft und einem Unternehmen aus einem Drittstaat, das sich innerhalb des Gemeinsamen Marktes einen kaufmännischen Mittelpunkt errichtet hat und damit in einem Wettbewerbsverhältnis mit den Unternehmen der Gemeinschaft innerhalb des Gemeinsamen Marktes steht. Vereinbaren die Beteiligten einer solchen Vereinbarung z.B. ein gleiches Preisverhalten innerhalb des Gemeinsamen Marktes, so wird das Verbot des Art.85 anwendbar sein.

2. Internationale Kartellsachverhalte, bei denen eine Regelung hinsichtlich des Gemeinsamen Marktes nicht einbezogen ist

Da Art.85 nur auf Sachverhalte Anwendung findet, durch welche der Schutzbereich der Vorschrift verletzt wird, kommt eine Anwendung nicht in Betracht, wenn sich ein irgendwo in der Welt veranlassetes Kartell nicht auf den spezifisch rechtlichen Schutzgegenstand des Kartellverbots auswirkt. Eße wirtschaftliche Rückwirkungen einer solchen Vereinbarung auf den Gemeinsamen Markt bleiben dabei unbeachtlich.

a) Exportkartelle.

(1) Reine Exportkartelle.

Daraus ergibt sich, dass das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot auch auf solche Kartelle keine Anwendung findet, durch welche mehrere zur Gemeinschaft gehörende Unternehmen den zwischen ihnen möglichen Wettbewerb auf Märkten

ten in Drittstaaten regeln; denn dadurch wird der spezifisch rechtliche Gehalt des Kartellverbots nicht beeinträchtigt. Reine Exportkartelle zwischen EWG-zugehörigen Unternehmen, also solche Vereinbarungen, die sich lediglich auf Märkten ausserhalb des Gemeinsamen Marktes beziehen und nicht auch eine Bindung hinsichtlich des Gemeinsamen Marktes enthalten, müssen deshalb von dem Verbot als ausgenommen betrachtet werden. Das ist auch die herrschende Ansicht im Schrifttum, obwohl nirgends eine besondere Begründung dafür gegeben wird.¹⁾ Die Kommission hat allerdings in der Antwort auf eine schriftliche Anfrage des Abgeordneten Nederhorst vor dem Europäischen Parlament die Ansicht vertreten,²⁾ dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen der Mitgliedstaaten über Märkte in dritten Ländern in bestimmten Fällen dazu geeignet seien, den Handel zwischen Mitgliedstaaten mittelbar zu beeinträchtigen und eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu bewirken. Solche Vereinbarungen würden dann insoweit unter Art.85 fallen. Dieser Ansicht begegnen erhebliche Bedenken.

Rückwirkungen auf die Marktverhältnisse im Inland wird in der Regel jede Zusammenarbeit mehrerer inländischer Unternehmen bei ihrem Export in das Ausland aufweisen. Hoppmann³⁾ weist eine Reihe solcher Inlandswirkungen nach, die

1) Thiesing in von der Groeben/Boeckh, Vorbem.2 zu Art.85 ff., Anm.5 zu Art.85; Everling in Wohlfarth/Everling, Anm.5 zu Art.85; Plaisant/Lassier in Recueil Dalloz 1958, chronique, S. 273; Sölter in WuW 1961, S.666; Schwartz in Kartelle und Monopole II, S. 692 schlägt allerdings grundsätzlich vor, Exportkartelle wie Inlandskartelle zu behandeln; denn was für den einen Staat ein Exportkartell sei, sei für den anderen ein Inlandskartell. Exportkartelle, die einem ausländischen Kartellverbot unterliegen, sollen deshalb zur Vermeidung von Kollisionen gar nicht erst gestattet werden. Schwartz gibt jedoch zu, dass dazu die Zeit noch nicht reif sei. Erst wenn die Märkte der Welt einander ganz nahe gerückt seien, könne den Staaten auch der Verzicht auf Tolerierung von Wettbewerbsbeschränkungen mit Auslandswirkung zugemutet werden. Ebenso Brewster in Kartelle und Monopole II, S. 743 ff.

2) ABl. 1961, S.736; ebenso WuW 1962, S. 641.

3) Hoppmann in Jahrbuch für Sozialwissenschaft 1960, S.321 f.

durch Exportkartelle verursacht werden, und Isay¹⁾ zeigt an verschiedenen Beispielen aus dem Bereich der Montanunion, dass jedes Zusammenwirken von Unternehmen, die der Montanunion zugehörig sind, auf dem Markt eines Drittstaates auch Rückwirkungen auf die Marktverhältnisse in der Montanunion hat. Solche Nebenwirkungen gehen aber von einer Marktregelung aus, die sich auf Drittstaaten bezieht, nicht von einer Regelung, die sich auf den spezifisch rechtlichen Schutzgehalt des Verbots des Art.85 auswirkt; durch ein solches Kartell wird nicht die Möglichkeit der Marktpartner verfälscht, zwischen den einzelnen Mitbewerbern auf einem über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausgehenden Markt zu wählen.

Zwar kann eine besonders niedrige Festsetzung von Exportpreisen (Dumping-Preisen) zu einer Erhöhung der Preise innerhalb des Gemeinsamen Marktes führen, wenn die beteiligten Unternehmen die Verluste beim Export durch eine Erhöhung der Preise auf dem Gemeinsamen Markt ausgleichen müssen; dadurch kann es zu einer Verschärfung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes kommen. Diese Auswirkung auf die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft ist jedoch nur eine Nebenfolge des Kartells, das allein darauf abzielt, den Wettbewerb in Drittstaaten zu regeln. Der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes als das Steuerungsmittel des Wirtschaftsablaufes zwischen den Mitgliedstaaten wird dadurch nur mittelbar beeinträchtigt. Käme es für die Anwendbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots allein darauf an, ob das Exportkartell irgendwie geartete Rückwirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes hat, so würde ein Exportkartell bald zulässig, bald unzulässig sein, je nachdem, ob sich irgendwelche Auswirkungen des Kartells

1) Isay in WuW 1953, S. 586.

innerhalb des Gemeinsamen Marktes feststellen lassen oder nicht. Es kann den Verfassern des EWGV nicht unterstellt werden, dass sie die Anwendbarkeit des Kartellverbots allein an so schwer meßbare Einflüsse auf die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes knüpfen wollten. Vielmehr muss angenommen werden, dass sie dem Verbot nach Zweck und Ausmaß eine hinreichende Bestimmtheit und Begrenztheit geben wollten, um den beteiligten Unternehmen klar erkennen zu lassen, was rechtens sein soll. Denn es ist eine Forderung der Rechtssicherheit - eines bei der Auslegung des Vertrages zu beachtenden Rechtsprinzips¹⁾ -, dass die unter ein Verbot fallenden konkreten Tatbestände meßbar und für die einzelnen Unternehmen voraussehbar und berechenbar sind.

Dieses Ergebnis stimmt auch mit dem des deutschen, französischen und amerikanischen Rechts überein. Auch dort werden reine Exportkartelle von den Verbotsnormen ausgenommen. Das GWB unterwirft nur solche Exportkartelle seinem § 1, die ausdrücklich eine Inlandsbindung enthalten.²⁾ Auch die amerikanische Rechtsprechung hat die Ausnahmeverordnungen für Exportkartelle nur dann für nicht anwendbar erklärt, wenn durch Exportkartelle unmittelbar auch Folgen für die Marktverhältnisse in den Vereinigten Staaten ausgehen.³⁾

(2) Exportkartelle mit Beteiligten aus Drittstaaten.

Der Grundsatz, dass es für die Anwendbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots auf Exportkartelle nicht auf deren mittelbare Auswirkungen im Gemeinsamen Markt ankommen kann, muss auch gelten, wenn an einem solchen Exportkartell Unternehmen aus Drittstaaten beteiligt sind. Art.85 schützt nicht den Handel der Gemeinschaft mit Dritt-

1) Urteil des EGH vom 6.4.1962 in WuW 1962, S. 526.

2) § 6 Abs. II.

3) s. S. 128.

staaten, sondern den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes als das Steuerungsmittel des Wirtschaftsablaufs zwischen den Mitgliedstaaten; das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot unterscheidet sich damit grundlegend von der Regelung des Sherman Act, der auch den Handel der Vereinigten Staaten mit anderen Nationen schützt. Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die zur Gemeinschaft gehören, und Unternehmen aus Drittstaaten, durch welche eine Regelung bezüglich des zwischen ihnen möglichen Wettbewerbs lediglich auf Märkten ausserhalb der Gemeinschaft getroffen wird, verletzt nicht das in Art.85 geschützte Rechtsgut, sondern wirkt sich lediglich auf den Aussenhandel der Mitgliedstaaten mit dritten Ländern aus. Es kann durch ein solches Kartell zwar eine Verlagerung des Exports der Mitgliedstaaten verursacht werden, etwa indem die Beteiligten ihre gemeinsamen Exportmärkte in Einflusszonen einteilen, was zu einer Verdrängung der zur Gemeinschaft gehörenden Unternehmen von bestimmten Exportmärkten führen kann. Durch eine solche internationale Regelung indes wird nur der Aussenhandel der Mitgliedstaaten mit Drittländern berührt, nicht aber der speziell durch Art.85 geschützte Wettbewerb im Handel zwischen den sechs Mitgliedstaaten der EWG.

(3) Exportförderungskartelle.

Sobald allerdings eine Vereinbarung zwischen mehreren zur Gemeinschaft gehörenden Unternehmen zwar in erster Linie eine Regelung des Wettbewerbs auf Märkten in Drittstaaten zum Inhalt hat, jedoch auch eine Bindung zum Gemeinsamen Markt aufweist, ist das Verbot des Art.85 hinsichtlich der EWG Inlandsbindung anwendbar.

Auch wird das gemeinschaftsrechtliche Verbot für solche Vereinbarungen und Beschlüsse zur Anwendung kommen müssen, welche lediglich exportfördernd wirken. Solche Vereinbarun-

gen können etwa darin bestehen, dass mehrere zur Gemeinschaft gehörende Unternehmen sich verpflichten, die Exporte ihrer Abnehmer in der Weise zu fördern, dass sie diesen eine Vergütung in Form von Nachbezugsrechten für entsprechende in Drittländer exportierte Mengen gewähren. Durch eine solche Vereinbarung wird zwar in erster Linie ein preisgünstiges Angebot auf den Auslandsmärkten bezweckt, um mit dem Angebot aus Drittländern konkurrieren zu können, jedoch wird durch ein solches Kartell auch der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes verfälscht; denn den exportierenden Abnehmern steht nicht mehr die unverfälschte Möglichkeit offen, zwischen den einzelnen herstellenden Unternehmen ihre Exportware zu wählen. Die beteiligten Unternehmen verhalten sich hinsichtlich des Umfangs der zu gewährenden Nachbezugsrechte gleich und verfälschen dadurch den natürlichen Wirtschaftsverlauf innerhalb des Gemeinsamen Marktes.¹⁾

(4) Exportsicherungskartelle.

Allerdings wird das Verbot des Art.85 auf Kartelle keine Anwendung finden können, durch welche sich mehrere Unternehmen des Gemeinsamen Marktes verpflichten, die Exporteure im Gemeinsamen Markt dahingehend zu binden, die für das EWG-Ausland vereinbarten Preise einzuhalten. Denn ein Exportkartell von Unternehmen aus der Gemeinschaft kann nur dann eine wirksame Exportsicherung darstellen, wenn sich die Hersteller auch gegenüber ihren Exporteuren zur Einhaltung derselben Bedingungen verpflichten. Sonst könnte auf dem Umweg über die Exporteure unter den Herstellern der Markt in Drittländern verdorben werden. Auf dem Gemeinsamen

1) Das Bundeskartellamt bezeichnet solche Kartelle auch als erlaubnisbedürftige Kartelle gemäß § 6 Abs.II GWB, da sie eine Inlandsbindung enthalten, Beschluss v. 22.2.1960 in WuW 1960, S. 572 ff.

Markt wird der Wettbewerb durch ein solches Kartell nicht verfälscht. Denn die Ware, hinsichtlich derer der Exporteur gebunden wird, ist ja nicht für einen Abnehmer in der Gemeinschaft bestimmt, sondern für einen Abnehmer in einem Drittstaat. Die Bindung bezieht sich also nur auf einen Teil des Warenflusses, den vom Hersteller bis zum Exporteur. Das Ende dieses Warenflusses liegt im EWG-Ausland. Dort befindet sich der endgültige Abnehmer, dort auch der Markt, hinsichtlich dessen der Wettbewerb beschränkt wird. Die Verpflichtung der Hersteller, sich gegenüber den Exporteuren in dieser Weise zu binden, ist also nur ein Teil der zulässigen Vereinbarungen, durch welche sich die Hersteller verpflichten, in Drittstaaten die gleichen Preise zu verlangen.

b) Importkartelle.

(1) Reine Importkartelle.

Da das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot nur auf solche internationale Sachverhalte anwendbar ist, durch welche der spezielle Schutzgegenstand dieser Vorschrift beeinträchtigt wird, ist das Verbot auch auf diejenigen Kartelle nicht anwendbar, welche lediglich den Wettbewerb beim Einkauf in dritten Ländern regeln. Der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes wird durch solche Vereinbarungen nicht verfälscht; denn der Ort, an dem sich der Wettbewerb vollzieht, also der Ort, wo sich Angebot und Nachfrage treffen, liegt nicht innerhalb des Gemeinsamen Marktes, sondern in einem Drittstaat. Nicht die Wahlmöglichkeiten irgendwelcher Marktpartner innerhalb des Gemeinsamen Marktes werden verfälscht, sondern die Wahlmöglichkeiten der Anbieter in Drittstaaten.

Vereinbarungen mehrerer Unternehmen der Gemeinschaft, die zu dem Zweck abgeschlossen werden, gegenüber den Marktpart-

nern in Drittstaaten ein gleiches Verhalten zu üben, etwa die gleichen Bedingungen beim Einkauf zur Vermeidung von Preistreibereien zu stellen, werden also nicht von dem Verbot erfasst.

Bestimmte Reflexwirkungen auf die Marktverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft können zwar auch von solchen Vereinbarungen ausgehen; denn die Vereinbarungen mehrerer Importeure, gleiche Preise gegenüber den Marktpartnern zu halten, kann einen Einfluss auf den Vertriebspreis innerhalb des Gemeinsamen Marktes ausüben. Solche wirtschaftlichen Nebenfolgen sind jedoch mit jeder Vereinbarung bei der Einfuhr verbunden. Sie sind jedoch keine Folgen, die sich auf den spezifisch rechtlichen Gehalt des Kartellverbots auswirken.

Reine Importkartelle von Unternehmen der Gemeinschaft werden demnach von dem Kartellverbot nicht erfasst.

(2) Importkartelle mit Bindung zum Gemeinsamen Markt.

Anders verhält es sich allerdings bei Importkartellen mit Bindung in Bezug auf den Gemeinsamen Markt. Vereinbarungen zwischen EWG-zugehörigen Unternehmen, die eine Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bewirken, etwa die gemeinsame Festsetzung von Verkaufspreisen für die importierten Waren oder eine Aufteilung der Absatzmärkte, werden nach Art.85 als verboten anzusehen sein.¹⁾ Denn durch diese Kartelle wird das in Art.85 geschützte Rechtsgut des Wettbewerbs verletzt, da die Marktpartner der Importeure nicht mehr die unverfälschte Möglichkeit haben, zwischen den einzelnen Importeuren zu wählen.

1) Plaisant/Lassier in Recueil Dalloz 1958, chronique S. 273.

Nach alledem ist das Verbot des Art.85 nur auf solche Importkartelle nicht anwendbar, die sich gegen die Lieferanten in Drittstaaten richten, nicht aber auf solche Importvereinbarungen, die sich auch oder sogar ausschliesslich gegen die Abnehmer innerhalb des Gemeinsamen Marktes richten.

2. Abschnitt Der internationale Anwendungsbereich
von Art.85 Abs.II

Ist festgestellt worden, dass die Anwendung des Kartellverbots auf internationale Kartellsachverhalte davon abhängig ist, dass der spezifische Schutzbereich der Vorschrift verletzt ist, so ist damit noch nichts über die Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Zivilrechtsnorm Art.85 Abs.II auf internationale Sachverhalte ausgesagt. Die Anwendbarkeit von zivilrechtlichen Normen eines Staates oder einer Staatengemeinschaft auf internationale Sachverhalte richtet sich nach internationalem Privatrecht. Dieses fragt nicht, wie weit eine Vorschrift hinsichtlich internationaler Sachverhalte gelten will - so das öffentlich-rechtliche Verbot des Art.85 Abs.I -, sondern welche private Rechtsordnung auf den internationalen Sachverhalt anzuwenden ist, also welchem Rechtssystem ein privates Rechtsverhältnis zuzuordnen ist.¹⁾

A. Die Anwendung der internationalprivatrechtlichen
Grundsätze der Mitgliedstaaten

Nun enthält jedoch der EWGV keine ausdrücklichen international-privatrechtlichen Regeln, die auf Kartelle mit internationalem Sachverhalt anwendbar wären. Da der EGH die Heranziehung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, zur Auslegung von Gemeinschaftsrecht für zulässig erklärt hat,²⁾ könnten die den Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätze des internationalen Privatrechts zur Anwendung gelangen, um die international-privatrechtliche Anwendbarkeit von Art.85 Abs. II zu begründen.

1) Neumeyer, aaO IV, S. 487.

2) s. S. 5 f.

I. Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung

Die Aufstellung solcher gemeinsamer Grundsätze erweist sich jedoch als ausserordentlich schwierig,¹⁾ und zwar insbesondere aus zwei Gründen:

1. Kartelle können in das Gewand der verschiedensten Rechtsformen gekleidet sein. Die Beteiligten können in der Form eines bloß schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses handeln, sie können aber auch eine neue juristische Person errichten. Für juristische Personen gelten jedoch in keinem der Mitgliedstaaten dieselben kollisionsrechtlichen Grundsätze wie für bloß schuldrechtliche Rechtsverhältnisse. Es muss also bei der Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung zunächst festgestellt werden, welche Rechtsform ein Kartell hat, ob es eine juristische Person ist oder eine bloß schuldrechtliche Verbindung; erst nachdem das festgestellt worden ist, lässt sich auch der kollisionsrechtliche Anknüpfungspunkt bestimmen und damit die anwendbare Rechtsordnung. Da aber auch darüber, was unter einer bloß schuldrechtlichen Verbindung zu verstehen ist, in den Mitgliedstaaten nicht gleiche Auffassungen bestehen,²⁾ lässt sich schon ein gemeinsamer Rechtsgrundsatz über die Rechtsform eines Kartells kaum aufstellen; noch viel weniger lässt sich dann aber ein für alle Mitgliedstaaten geltender kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt bestimmen.

2. Steht die Rechtsform eines Kartells fest, so besteht darüber hinaus noch die Schwierigkeit, dass die kollisions-

1) Die Problematik zeigen sehr deutlich insbesondere die Ausführungen bei Dörinkel, Internationales Kartellrecht, 1932, S.54 ff.; Wolff, Rechtsgrundlagen der internationalen Kartelle, 1929, und Hofheinz, Die Kartellbindung bei internationalen Kartellen, 1939, S.65 ff.

2) So wird z.B. die "société civile" des französischen Rechts als "personne morale" angesehen, während die bürgerlichrechtliche Gesellschaft des BGB nicht rechtsfähig ist.

rechtlichen Anknüpfungspunkte bei schuldrechtlichen Verhältnissen und auch bei juristischen Personen nicht in allen Mitgliedstaaten die gleichen sind.

II. Allgemeine Grundsätze

Trotzdem lassen sich stark vereinfachend folgende international-privatrechtlichen Grundsätze für alle Mitgliedstaaten aufstellen:

a. Für juristische Personen ist das Recht des Staates anwendbar, in dem sich der Sitz der juristischen Person befindet;¹⁾ als Sitz kommen der Verwaltungssitz und Betriebssitz in Betracht.

b. Für Schuldverhältnisse gilt in erster Linie die Rechtsordnung, die von den Parteien bestimmt worden ist.²⁾ maßgebend für das anwendbare Recht ist danach der gemeinsame tatsächliche oder mutmaßlich angenommene Wille der Beteiligten. Wenn ein gemeinsamer Wille nicht feststellbar ist, soll teils das Recht des Erfüllungsortes, teils die *lex loci contractus* gelten.³⁾

III. Die Anwendung im Gemeinschaftsrecht

Wendet man diese Grundsätze auf internationale Kartellsachverhalte an, so würde das bedeuten, dass die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Zivilrechtsnorm durch gemein-

1) Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 195 ff.; RGZ, Bd.159, S.33 ff., 46; Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3.Aufl.1959, Nr. 192 ff.

2) Raape, aaO, S. 455 ff.; Batiffol, aaO, Nr.568 ff. und 584 ff.

3) Raape, aaO, S. 483 ff.

samen Parteiwillen der Kartellbeteiligten oder durch die Bestimmung des Verwaltungs- oder Geschäftssitzes des Kartells in einem Drittstaat ausgeschlossen werden könnte. Denn maßgebend wäre die Rechtsordnung, die nach den allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechts anwendbar wäre. Da diese Grundsätze bei schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen das Recht der gewillkürten Rechtsordnung und bei juristischen Personen das Recht des tatsächlichen Sitzes für maßgebend erklären, hätten die an dem Kartell beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, gerade das Recht zu wählen oder ihren Verwaltungssitz gerade dem Recht zu unterstellen, welches am kartellfreundlichsten ist, um dadurch der zivilrechtlichen Nichtigerklärung des Art.85 Abs.II zu entgehen. Die Frage der zivilrechtlichen Gültigkeit eines Kartells mit internationalem Sachverhalt würde sich zunächst nach diesem eigentlich anwendbaren Recht richten. Diesem an sich anwendbaren Recht würde jedoch innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft immer die zwingende Verbotsnorm des Art.85 Abs.I entgegenstehen.¹⁾ Das an sich anwendbare Recht würde dem ordre public der Gemeinschaft entgegenstehen und könnte deshalb nicht zur Anwendung gelangen.²⁾ Denn wie die Kommission in ihrem Dritten Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft erklärt,³⁾ können sich Unternehmen aus dem Gemeinsamen Markt, die eine Kartellvereinbarung der in

1) Hug in Kartelle und Monopole II, S. 627 ff.; Zschokke, Rechtsstellung internationaler Kartelle, S.27 und Hofheinz, Die Kartellbindung S. 72 hatten bereits vorher allgemein Zweifel daran geäußert, ob Kartelle überhaupt als Verträge zu qualifizieren seien, auf welche die Grundsätze des allgemeinen internationalen Privatrechts Anwendung finden könnten: s. auch Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht, S. 198 ff. und das dort genannte Schrifttum.

2) Den Weg der Ausschaltung eines durch die Parteivereinbarung gewählten ausländischen Rechts durch Anwendung der ordre-public-Klausel wählen für das deutsche Recht Würdinger in WuW 1956, S.784; Pinder in WuW 1958, S.577; Koch in BB 1959, S.243; Mayer-Wegelin in Gemeinschafts-Kommentar, Anm.10 zu § 98.

! Nr. 140.

Art.85 Abs.I bezeichneten Art treffen, nicht dadurch der Anwendung von Art.85 entziehen, dass sie das Kartell dem Recht eines Drittlandes unterstellen.

Wenn also nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts zunächst zu prüfen wäre, nach welchem Recht sich ein Kartell mit internationalem Sachverhalt "an und für sich" richtet, so könnte das an und für sich anwendbare Recht doch nicht zur Anwendung gelangen, soweit dieses Kartell den speziellen Schutzgehalt des Art.85 beeinträchtigt. Aus diesem Grunde tritt Schwartz allgemein für eine prinzipielle Ausschaltung der generellen Regeln des IPR bei der Verletzung von Kartellgesetzen ein,¹⁾ und Hug stellt mit Recht die Frage, ob für die zivilrechtlichen Folgen der Verletzung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots überhaupt die allgemeinen Kollisionsregeln des internationalen Privatrechts heranzuziehen sind, oder ob nicht vielmehr die Beziehungsnorm, die für die Anwendung des Verbots gilt, auch für die internationalprivatrechtliche Abgrenzung maßgebend zu sein hat.²⁾

B. Art.85 Abs.II als selbständige gemeinschaftsrechtliche internationalprivatrechtliche Norm.

Aus dem Gemeinschaftsrecht selbst liesse sich nämlich unter Umständen die internationale Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Zivilrechtsnorm des Art.85 Abs.II

1) in Kartelle und Monopole II, S. 694; insbes. für das deutsche Recht ders., Deutsches Internationales Kartellrecht, S. 193 ff., insbes. 206 f., 220; ebenso Hefermehl in Baumbach/Hefermehl, Vorbem. 18 Einl. GWB.

2) aaO, S. 628; ihm folgend Seidl-Hohenveldern in AWD BB 1960, S. 227.

herleiten. Wie Art.85 Abs.II Ansätze zu einem Gemeinschaftsprivatrecht enthält, so könnte dieselbe Vorschrift auch Ansätze zu einem internationalen Gemeinschaftsprivatrecht enthalten. Jerusalem¹⁾ nimmt jedenfalls für das Recht der Montanunion an, dass dieses auch ein eigenes internationales Privatrecht enthalte.

Art.85 Abs.II knüpft die Nichtigkeit eines Kartells unmittelbar an das in der Vorschrift enthaltene Verbot; verbotene Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig. Art.85 Abs.II liesse sich also auch folgendermaßen lesen:

Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder erwirken und für welche eine Erklärung nach Art.85 Abs.III nicht abgegeben werden kann, sind nichtig.

Der Tatbestand, an den das Verbot geknüpft ist, deckt sich mit dem Tatbestand, an den die privatrechtsgestaltende Rechtsfolge der Nichtigkeit geknüpft ist. Es erscheint deshalb naheliegend, für den international-privatrechtlichen Anwendungsbereich der gemeinschaftsrechtlichen Zivilrechtsnorm denselben Anknüpfungspunkt zu verwenden, wie für das Verbot.

Das Kartellverbot ist ein wesentlicher Bestandteil der im EWGV zum Ausdruck gekommenen Integrationsverfassung. Es soll den Wettbewerb im Handel zwischen den Mitgliedstaaten als den Steuerungsmittel der einzelnen Wirtschaftseinheiten beim Aufbau und Funktionieren des Gemeinsamen Marktes sicherstellen. Vom Standpunkt dieser Norm und der durch sie geschützten Ordnung eines Gemeinsamen Marktes aus wird

1) Das Recht der Montanunion, S. 84.

Es sehr zweifelhaft sein, ob man den Beteiligten eines Kartells, das diesem Zweck entgegensteht, erlauben darf, direkt das Recht zu bestimmen, dem sie sich unterwerfen wollen.

I. Sonderanknüpfung

1. Schon bei Neumeyer¹⁾ heisst es deshalb, dass hinsichtlich der Tatbestände, die ihre Regelung teilweise von Sätzen des öffentlichen Rechts und teilweise von solchen des Privatrechts empfangen, der aaO nationale Anwendungsregeln der Öffentlich-rechtlichen Vorschriften auch für die Anwendung der sich daran anschliessenden Privatrechtsätze maßgeblich sei. Das gelte insbesondere für solche Vorschriften zivilrechtsgestaltender Art, die zur Durchsetzung Öffentlich-rechtlicher Bestimmungen erlassen werden. Als Beispiele nennt Neumeyer die Nichtigkeitserklärung von Rechtsgeschäften, die zur Einhaltung von zwingenden steuerrechtlichen Vorschriften oder von Bestimmungen zum Schutz der Landeswährung erlassen werden.²⁾

Diese Lehre greift Hug in seinem Referat auf der Internationalen Kartellrechtskonferenz in Frankfurt 1960 auf.³⁾ Die Nichtigkeitserklärung nach Art.85 verbotener Wettbewerbsbeschränkungen sei als eine privatrechtliche Sanktion des Verbots anzusehen. Der Richter im Hoheitsgebiet der Gemeinschaft habe deshalb für Wettbewerbsbeschränkungen, die sich innerhalb des Gemeinsamen Marktes auswirken, hinsichtlich der privatrechtlichen Fragen nicht die allgemeinen Regeln des internationalen Privatrechts anzuwenden, sondern habe die Frage der internationalen Anwendbarkeit des Art. 85 Abs.II auf solche Wettbewerbsbeschränkungen unmittelbar auf Grund des Kartellverbots zu beurteilen.

1) aaO IV, S. 487.

2) aaO IV, S. 488.

3) aaO, S. 629 f.

Schweizer mit ihr beizutreten. Es frängen also die Anwendung der allgemeinen internationalprivatrechtlichen Regeln davon ab, dass sie eine Überwindung der öffentlichen-rechtlichen Kollisionsnorm auf die internationale Verantwortlichkeit der Zivilrechtstheorie annehmen.

1. Eine Reihe, insbesondere von Kramar¹⁾, Neumeyer²⁾ und Grottel³⁾ vertretene Lehre steht allgemein für Privatrechtsnormen, die zur Steuerung einer Wirtschaftsordnung oder als Instrumente der Wirtschaftslenkung dienen, eine Sonderausprägung vor.⁴⁾ Derartige privatrechtliche Rechtsnormen, die im öffentlichen Staatsinteresse erlassen würden, müssten auf internationale Sachverhalte immer dann Anwendung finden, wenn sich die Sachverhalte in der Rechtsmaterie der erlassenen Normen ganz oder zum Teil verankerten. Solche politische Normen⁵⁾ sollten ebenfalls der sonst geltenden Regeln des internationalen Privatrechts bei internationalen Sachverhalten Berücksichtigung finden. Kramar⁶⁾ und Steindorff⁷⁾ weisen darauf hin, dass privatrechtliche Rechtsgeschäfte in zunehmendem Masse einer gesellschaftlichen Funktion unterworfen seien. Sie seien soziale Phänomene, die eine bestimmte Aufgabe im Rahmen der Wirtschaftsordnung eines Staates hätten. Die

1) In Zeitschrift für Martin Wolff 1952, S. 241 ff. und in Stupp-Schlochauer II, S. 209.

2) In Berichte der DGVJ, Band 2, 1957, S. 53 f.

3) Sachverden im internationalen Privatrecht, 1956, S. 136 ff.

4) Schon vorher hatten Weigert in Habilitation 1942, S. 283 ff. und Weigert in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 1941, S. 166 ff., für den Bereich zwingenden Schlichtrechts und ebenfalls Weigert in Habilitation 1954, S. 211 ff. für das Recht des unlauteren Wettbewerbs die Anwendung an den Parteivillen kritisiert.

5) Steindorff, aaO, S. 205 ff.

6) aaO, S. 241 ff.

7) aaO, S. 229 ff.

zu einer Wirtschaftsordnung gehörenden Vorschriften, wie die Bestimmungen zur Sicherung der Währung oder der Zahlungsbilanz oder zur Aufrechterhaltung des zum ordnungspolitischen Ziel erhobenen Wettbewerbs oder eines gleichmässigen Aussenhandels, könnten von Staat zu Staat verschieden sein und verschiedenen Zwecken dienen. Die überlieferten internationalprivatrechtlichen Regeln beruhten jedoch auf der grundsätzlichen Ähnlichkeit der Rechte. Die Loslösung privater Rechtsverhältnisse von der ihr unterstehenden Rechtsordnung und Unterstellung unter eine fremde Rechtsordnung sei deshalb nur solange möglich gewesen, als die einzelnen Rechtsordnungen der Staaten noch denselben Zwecken dienten.

Nach dieser Ansicht unterliegen Rechtsverhältnisse, die unnachgiebige im öffentlichen Staatsinteresse erlassene Vorschriften einer bestimmten Rechtsordnung berühren, richtigerweise einer Sonderanknüpfung. Diese Lehre entspricht zwar im Ergebnis der Doktrin Neumeyers von der Überwirkung öffentlichrechtlicher Kollisionsnormen auf von ihnen abhängige Privatrechtsnormen. Die moderne Lehre kommt jedoch eher zu einer sauberen kollisionsrechtlichen Systematik. Sie schafft für jede Disziplin klare Grenzen. Die Trennung zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Norm bleibt auch für das Kollisionsrecht bestehen.¹⁾

II. Zweck der Nichtigkeit

Bei der Nichtigkeitserklärung von Kartellen der in Art.85 bezeichneten Art handelt es sich um eine Norm, die zur Förderung der in Art.2 genannten Ziele dient; diese Ziele

1) s. dazu Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht, S. 218 ff.

sind gesamtwirtschaftlicher Art. Ebenso wie das Verbot selbst schützt sie die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als das Steuerungsmittel der Wirtschaftseinheiten innerhalb des Gemeinsamen Marktes. Die Nichtigkeitserklärung dient der Durchsetzung des Verbots, also demselben Ziel. Kartelle, die dem Schutzzweck des Art.85 entgegenstehen, sollen vor keinem Richter in den Mitgliedstaaten als gültig angesehen werden können. Daraus ergibt sich entsprechend der modernen Lehre von der Sonderanknüpfung dem Allgemeininteresse dienender Normen, dass Verträge, die in den Mitgliedstaaten geltenden allgemeinen Regeln des internationalen Privatrechts, die grundsätzlich den Parteiwillen zur verbindlichen Anknüpfung erheben, immer dann zur Anwendung gelangt, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Abrede mit internationalen Beziehungen den spezifischen Schutzbereich des Kartellverbots verletzt.

Kartelle mit internationalem Sachverhalt müssen demnach schon immer dann als nichtig angesehen werden, wenn sie den Verbotsbereich von Art.85 berühren. Auf den Willen der beteiligten Unternehmen kommt es dabei nicht an. Diese mögen zwar eine fremde Rechtsordnung gewählt haben; soweit sie aber der Zweckbestimmung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots entgegen handeln, muss ihre Wahl unbeachtlich bleiben.

Hat also ein deutsches oder französisches Gericht über die Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Privatrechtsnorm auf einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag mit Berührungen zu Drittstaaten zu entscheiden, den die Parteien einem ausländischen Recht unterstellt haben, so hat das Gericht zu fragen, ob die Wahl des ausländischen Rechts zulässig ist. Die Rechtswahl ist nicht zu-

lässig, soweit das Kartell in der im 1. Abschnitt aufgezzeichneten Weise den durch Art.85 geschützten Wettbewerb zwischen den am Gemeinsamen Markt beteiligten Unternehmen verletzt. Insoweit greift vielmehr die gemeinschaftsrechtliche Privatrechtsnorm unmittelbar ein. Der Richter hat also das Kartell unabhängig von der Rechtswahl der Beteiligten als nichtig anzusehen.

Andere zivilrechtliche Fragen allerdings als die der Nichtigkeit richten sich nach dem jeweiligen internationalen Privatrecht, dem die beteiligten Unternehmen unterliegen. Dazu gehören insbesondere die Frage des Kündigungsrechts und die Frage der Wirksamkeit desjenigen Teils eines Kartells, durch den der Schutzbereich von Art.85 nicht beeinflusst wird.

Lebenslauf

Ich wurde am 15. Mai 1935 als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Hermann C. Wilmanns und seiner Ehefrau Ruth Thorning in Hamburg geboren. Nach dem Besuch der Volksschule und des Christianemus (humanistisches Gymnasium) in Hamburg sowie der Grant-High-School in Portland, Oregon, USA, legte ich im März 1955 die Reifeprüfung ab.

Ich studierte darauf sieben Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten München und Hamburg und bestand im Mai 1959 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Prüfungsamt des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg.

Während eines einjährigen Zusatzstudiums an der Universität Nancy in Frankreich konnte ich einen Teil des ausländischen Schrifttums zu der vorliegenden Arbeit sammeln.

Im Juli 1960 begann ich meinen Vorbereitungsdienst als Referendar, zunächst im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt/Main und seit 1961 in Hamburg. Während der Verwaltungsstation wurde ich für ein halbes Jahr der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in Brüssel zur Ausbildung zugewiesen. Hier konnte ich einen Teil des Materials für meine Dissertation sammeln und eine Reihe guter Anregungen verarbeiten.

Schreib - Druck
Chemoprint OHG
Gießen